

## University of Groningen

**Case note: I.C. t. Roemenië, EHRM 24 mei 2016, nr. 36934/08, «EHRC» 2016/175, M.G.C. t. Roemenië, EHRM 15 maart 2016, nr. 61495/11, «EHRC» 2016/159 en A, B en C t. Letland, EHRM 31 maart 2016, nr. 30808/11, «EHRC» 2016/163**

Lindenberg, Kai

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

### *Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

### *Publication date:*

2016

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

### *Citation for published version (APA):*

Lindenberg, K., (2016). *Case note: I.C. t. Roemenië, EHRM 24 mei 2016, nr. 36934/08, «EHRC» 2016/175, M.G.C. t. Roemenië, EHRM 15 maart 2016, nr. 61495/11, «EHRC» 2016/159 en A, B en C t. Letland, EHRM 31 maart 2016, nr. 30808/11, «EHRC» 2016/163*, Nr. 36934/08, 14 blz., mei 24, 2016. (European Human Rights Cases (EHRC); Vol. 2016, Nr. 8).

### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

Redactie:  
prof. mr. J.H. Gerards  
(hoofdredacteur)  
mr. dr. M. den Heijer  
mr. dr. J. Krommendijk  
mr. dr. C. Mak  
mr. F.P. Ölçer  
mr. dr. J. van der Velde

## Inhoud

*Aflevering 8 – 20 juli 2016 – Jaargang 17*

### Uitspraken HvJ EU

- 157\*** Hof van Justitie EU p. 350  
5 april 2016, gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU  
Pál Aranyosi en Robert Căldăraru  
Grote Kamer. Europees aanhoudingsbevel. Overlevering. Detentieomstandigheden. Onmenselijke en vernederende behandeling. Overleveringsdetentie. Garanties.  
[Handvest Grondrechten EU art. 4, 51 lid 1; EVRM art. 3; kaderbesluit 2002/584/JBZ]  
Noot prof. mr. H. van der Wilt
- 158** Gerecht EU p. 353  
10 mei 2016, zaak T-529/13  
Izsák en Dabis tegen Europese Commissie  
EU-cohesiebeleid. Burgerinitiatief. Discriminatieverbod. Bevoegdheid.  
[VEU art. 3 lid 4, 6 lid 1; VWEU art. 6 sub c, 19, 167; Handvest Grondrechten EU art. 21 lid 1, 22, 41, 51 lid 1]

### Uitspraken EHRM

- 159\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 353  
15 maart 2016, nr. 61495/11  
M.G.C. tegen Roemenië  
Verbod van onmenselijke of vernederende behandeling. Recht op respect voor privé- en gezinsleven. Positieve verplichtingen. Effectief onderzoek bij vervolging verkrachting. Contextgevoelige benadering. Eis van instemming met seksuele handelingen.  
[EVRM art. 3, 8]  
Noot K. Lindenberg onder «EHRC» 2016/175

*\* inclusief noot*

- 160\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 354  
 24 maart 2016, nr. 48475/09  
 Sakir tegen Griekenland  
 Asielzoeker. Geweldsmisdrijf. Bijzondere onderzoekplicht naar racistische  
 motivatie van geweldsmisdrijf. Algemene context van mishandelingen van  
 asielzoekers. Discriminatieverbod. Institutionele discriminatie.  
 [EVRM art. 2, 3, 13]  
 Noot K. Henrard onder «EHRC» 2017/165
- 161\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 355  
 29 maart 2016, nr. 16899/13  
 Kocherov en Sergeyeva tegen Rusland  
 Gezinsleven. Licht verstandelijk beperkte ouder. Beperking gezag. Uithuis-  
 plaatsing kind.  
 [EVRM art. 8, 14]  
 Noot prof. mr. drs. M. Bruning
- 162\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 359  
 30 maart 2016, nr. 5878/08  
 Armani da Silva tegen Verenigd Koninkrijk  
 Grote Kamer. Politiegeweld. Procedurele waarborgen. Noodweer. Subjectieve  
 beoordeling.  
 [EVRM art. 2]  
 Noot prof. mr. J.M. ten Voorde
- 163\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 366  
 31 maart 2016, nr. 30808/11  
 A, B en C tegen Letland  
 Recht op respect voor privé- en gezinsleven. Positieve verplichtingen.  
 Zorgvuldigheid onderzoek seksueel misbruik.  
 [EVRM art. 8]  
 Noot K. Lindenberg onder «EHRC» 2016/175
- 164\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 367  
 12 april 2016, nr. 12060/12  
 M.C. en A.C. tegen Roemenië  
 Homofoob geweld. Gay pride. Bijzondere onderzoekslicht naar discrimi-  
 natoire motivatie ook bij aanwijzingen van homofoob geweld. Grondslag  
 van bijzondere onderzoekslicht. Institutionele vooroordelen en discrimi-  
 natie.  
 [EVRM art. 3, 8, 14]  
 Noot K. Henrard onder «EHRC» 2016/165

- 165\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 368  
 12 april 2016, 64602/12  
 R.B. tegen Hongarije  
 Anti-Romaoptochten. Gewelddadige intimidatie en art. 3 EVRM. Bijzondere  
 onderzoeksplicht naar mogelijke discriminatoire motieven van gewelddadige  
 intimidatie. Grondslag van deze bijzondere onderzoeksplicht. Algemene context  
 van discriminatie en geweld tegen Roma. Positieve overheidsplicht tot bescher-  
 ming tegen gewelddadige intimidatie en strafrechtelijke sancties. Institutionele  
 vooroordelen en discriminatie.  
 [EVRM art. 3, 8, 14]  
 Noot prof. dr. K. Henrard, tevens behorend bij «EHRC» 2016/160 en «EHRC»  
 2016/164
- 166\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 374  
 26 april 2016, nrs. 25501/07, 57569/11, 80153/12, 5790/13, 35015/13  
 Novikova e.a. tegen Rusland  
 Vrijheid van meningsuiting. Vrijheid van vreedzame vergadering. Demonstra-  
 tievrijheid. Russische demonstratiewet. Onderscheid eenmensprotest/betoging.  
 Kennisgevingsvereiste bij eenmensprotest/betoging. Beëindiging eenmenspro-  
 test/betoging en aanhouden, vasthouden en beboeten betogers vanwege ontbre-  
 kende kennisgeving.  
 [EVRM art. 10, 11]  
 Noot mr. B. Roorda
- 167\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 379  
 26 april 2016, nr. 62649/10  
 İzzettin Doğan e.a. tegen Turkije  
 Grote Kamer. Godsdienstvrijheid. Collectieve godsdienstuitoefening. Overheids-  
 steun. Ongelijke behandeling.  
 [EVRM art. 9, 14]  
 Noot dr. A.J. Overbeeke
- 168\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 386  
 26 april 2016, nr. 19920/13  
 Cumhuriyet Halk Partisi tegen Turkije  
 Verenigingsvrijheid. Politieke partij. Partijfinanciering. Voorzienbaarheid.  
 [EVRM art. 6, 11]  
 Noot mr. J.L.W. Broeksteeg
- 169\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 390  
 10 mei 2016, nr. 49867/08  
 Babajanov tegen Turkije  
 Onmenselijke en vernederende behandeling. Recht op een daadwerkelijk  
 rechtsmiddel. Recht op vrijheid. Asiel. Uitzetting. Oezbekistan. Turkije. Iran.  
 Slachtoffervereiste.  
 [EVRM art. 3, 5, 13, 34]  
 Noot dr. M. den Heijer

- 170** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 391  
 10 mei 2016, nr. 37158/09  
 Kalkan tegen Turkije  
 Recht op leven. Geweld met dodelijk gevolg. Rechtvaardiging. Absolute noodzaak. Onvoldoende zorgvuldig onderzoek.  
 [EVRM art. 2]
- 171\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 392  
 17 mei 2016, nr. 33677/10 en 52340/10  
 Fürst-Pfeifer tegen Oostenrijk  
 Publicatie. Psychische gezondheid gerechtelijk deskundige. Privéleven versus persvrijheid. Balans. Zaak van algemeen belang. Publieke figuur. Geen schending.  
 [EVRM art. 8, 10]  
 Noot prof. mr. A.C. Hendriks
- 172\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 395  
 19 mei 2016, nr. 37289/12  
 J.N. tegen Verenigd Koninkrijk  
 Recht op vrijheid. Vreemdelingenbewaring. Duur. Maximumtermijn.  
 [EVRM art. 5 lid 1 sub f]  
 Noot prof. mr. P. Boeles
- 173** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 398  
 19 mei 2016, nr. 49441/12  
 Kolonja tegen Griekenland  
 Recht op respect voor familie- en gezinsleven. Uitzetting wegens strafbare feiten. Gevestigd gezinsleven. Proportionaliteit maatregel.  
 [EVRM art. 8]
- 174\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 399  
 24 mei 2016, nr. 41683/06  
 Paunović en Milivojević tegen Servië  
 Kiesrecht. Verhouding tussen volksvertegenwoordiger en politieke partij.  
 [EVRM art. 13, 14; EVRM Eerste Protocol art. 3]  
 Noot prof. dr. R. de Lange
- 175\*** Europees Hof voor de Rechten van de Mens p. 406  
 24 mei 2016, nr. 36934/08  
 I.C. tegen Roemenië  
 Verbod van onmenselijke of vernederende behandeling. Positieve verplichtingen. Contextgevoelige benadering bij onderzoek. Effectief onderzoek bij vervolging verkrachting. Eis van instemming met seksuele handelingen.  
 [EVRM art. 3]  
 Noot mr. K. Lindenberg, tevens behorend bij «EHRC» 2016/159 en «EHRC» 2016/163

176	Europees Hof voor de Rechten van de Mens 24 mei 2016, nr. 19181/09 Sirghi tegen Roemenië Recht op een eerlijk proces. Verklaringen op politiebureau in afwezigheid advocaat. Geen herstel verzuim. [EVRM art. 6]	p. 413
177	Europees Hof voor de Rechten van de Mens 24 mei 2016, nrs. 36915/10 en 8606/13 Association de solidarité avec les témoins de Jéhovah e.a. tegen Turkije Vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst. Gebouwen voor religieuze activiteiten. Margin of appreciation. Ruimtelijke ordening. Proportionaliteit. [EVRM art. 9]	p. 414
178	Europees Hof voor de Rechten van de Mens 31 mei 2016, nrs. 2430/06, 1454/08, 11670/10 en 12938/12 Gankin e.a. tegen Rusland Recht op een eerlijk proces. Oproep voor zitting niet ontvangen. Geen bewijs van correcte notificatie. Geen verificatie inzake notificatie zittingsdatum. [EVRM art. 6]	p. 414
179	Europees Hof voor de Rechten van de Mens 31 mei 2016, nr. 17280/08 A.N. tegen Litouwen Recht op een eerlijk proces. Recht op respect voor privé- en familielevens. Onderscuratelestelling zonder mogelijkheid voor de betrokkene om te worden gehoord. [EVRM art. 6, 8]	p. 415
<b>Ontvankelijkheidsbeslissingen EHRM</b>		
180	Europees Hof voor de Rechten van de Mens 3 mei 2016, nr. 77032/12 Dupré tegen Frankrijk Passief kiesrecht. Invulling nieuwe zetels Europees Parlement. [EVRM Eerste Protocol art. 3]	p. 416

## Uitspraken HvJ EU

157

Hof van Justitie EU

5 april 2016, gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU

(Lenaerts (President), Tizzano, Bay Larsen, Von Danwitz, Šváby, Rosas, Juhász, Borg Barthet, Malenovsky, Safjan (Rapporteur), Berger, Prechal, Jarašiūnas, Vilaras, Regan)  
Noot prof. mr. H. van der Wilt**Grote Kamer. Europees aanhoudingsbevel. Overlevering. Detentieomstandigheden. Onmenselijke en vernederende behandeling. Overleveringsdetentie. Garanties.**

[Handvest Grondrechten EU art. 4, 51 lid 1; EVRM art. 3; kaderbesluit 2002/584/JBZ]

Tegen Aranyosi is vanuit Hongarije een Europees aanhoudingsbevel uitgevaardigd in verband met een strafrechtelijke procedure die tegen hem liep. Tegen Căldăraru gold hetzelfde, maar dan vanuit Roemenië. Beiden zijn in Bremen aangehouden, maar verzetten zich tegen hun uit-/overlevering naar Hongarije resp. Roemenië omdat niet duidelijk is in welke detentieinrichting zij zullen worden vastgehouden, terwijl het EHRM tegen zowel Hongarije als Roemenië vele uitspraken heeft gedaan waaruit blijkt dat bij de detentieomstandigheden niet is verzekerd dat art. 3 EVRM niet wordt geschonden. De nationale rechter vraagt dan ook of hij in die omstandigheden toch is gehouden tot uit-/overlevering. Het HvJ stelt voorop dat het Kaderbesluit over het Europees Aanhoudingsbevel is gebaseerd op het beginsel van wederzijds vertrouwen; dit vormt de hoeksteen van het systeem en is voor het welslagen van de Europese binnenruimte van wezenlijk belang. De toepassing van het mechanisme kan alleen worden opgeschort in geval van een ernstige en voortdurende schending van bedoelde waarden, in overeenstemming met de procedure van art. 7 VEU. Niettemin heeft het Hof erkend dat de beginselen van wederzijdse erkenning en wederzijds vertrouwen tussen lidstaten in „uitzonderlijke omstandigheden” kunnen worden beperkt. Bovendien heeft het kaderbesluit niet tot gevolg dat de verplichting tot eerbiediging van de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen, zoals deze met name zijn neergelegd in het

Handvest, wordt gewijzigd. Het verbod van onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen van art. 4 Hv heeft een absoluut karakter aangezien het nauw samenhangt met de eerbiediging van de menselijke waardigheid, bedoeld in art. 1 Hv. Het absolute karakter van art. 4 Hv wordt bevestigd door art. 3 EVRM, waarmee art. 4 Hv overeenkomt. Zoals volgt uit art. 15, lid 2, EVRM, mag in geen enkel geval van art. 3 EVRM worden afgeweken. Als een nationale rechter bewijzen heeft dat er een reëel gevaar bestaat dat personen die in de uitvaardigende lidstaat zijn gedetineerd, onmenselijk of vernederend worden behandeld, is die rechter verplicht om te beoordelen of dit gevaar bestaat als een concreet besluit tot over-/uitlevering moet worden genomen. Zo'n beoordeling moet de rechter baseren op objectieve, betrouwbare, nauwkeurige en naar behoren bijgewerkte gegevens over de detentieomstandigheden die heersen in de uitvaardigende lidstaat, die kunnen duiden op gebreken die hetzij structureel of fundamenteel zijn, hetzij bepaalde groepen van personen raken, hetzij bepaalde detentiecentra betreffen. Deze gegevens kunnen met name blijken uit internationale rechterlijke beslissingen, zoals de arresten van het EHRM, uit rechterlijke beslissingen van de uitvaardigende lidstaat, alsook uit besluiten, rapporten en andere documenten die zijn opgesteld door de organen van de Raad van Europa of die tot het systeem van de Verenigde Naties behoren. De vaststelling dat er vanwege de algemene detentieomstandigheden in de uitvaardigende lidstaat een reëel gevaar bestaat van een onmenselijke of vernederende behandeling, kan echter op zichzelf niet leiden tot de weigering om een Europees aanhoudingsbevel ten uitvoer te leggen. De rechter zal steeds voor het concrete geval moeten nagaan of zo'n risico er ook daadwerkelijk is. Daarvoor is het nodig dat de nationale rechter aanvullende gegevens probeert te verkrijgen, waarbij een uiterste datum kan worden gesteld. Als daaruit onvoldoende blijkt dat er geen risico is voor de mensenrechten, moet de tenuitvoerlegging worden uitgesteld (afgelasten kan niet). In dat geval moeten Eurojust en de Raad daarvan in kennis worden gesteld. Ook moet worden bepaald of de betrokkene dan wel in de uitleverende staat in hechtenis kan worden gehouden, of dat hij eventueel moet worden vrijgelaten.

Pál Aranyosi en Robert Căldăraru

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## NOOT

1. Dat in geval van uitlevering fundamentele rechten van de opgeëiste persoon in het gedrang kunnen komen, is al lang bekend. In de baanbrekende *Soering*-zaak (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *Series A*, Vol. 161) oordeelde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dat de aangezochte staat zich schuldig maakte aan een schending van art. 3 EVRM door een verdachte bloot te stellen aan het reële risico dat hij in de verzoekende staat onderworpen zou worden aan foltering of onmenselijke of vernederende behandeling. Staten trachten botsende verdragsverplichtingen te bezweren door het vertrouwen in de strafrechtspleging van de verzoekende staat te vooronderstellen. Binnen de Europese Unie heeft dat veronderstelde vertrouwen gestalte gekregen in het beginsel van wederzijdse erkenning. Men maakt deel uit van een club fatsoenlijke staten die streven naar een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid en dan ligt het in de rede dat men elkaar over en weer rechtshulp in strafzaken verleent, zonder dat men telkens in het concrete geval gaat onderzoeken of de rechten van verdachten wel voldoende worden gerespecteerd.

2. Toch is men er niet geheel gerust op. De preambule van het Kaderbesluit betreffende het Europees Aanhoudingsbevel (EAB) stelt onder (12) nadrukkelijk dat het kaderbesluit de grondrechten eerbiedigt en voldoet aan de beginselen die worden erkend in art. 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie en zijn weergegeven in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Het voegt eraan toe dat het kaderbesluit de toepassing van hun grondwettelijke bepalingen betreffende het recht op een eerlijke rechtsgang, de vrijheid van vereniging, de vrijheid van vergadering, de vrijheid van drukpers en de vrijheid van meningsuiting in andere media onverlet laat. En onder (13) wordt nog eens benadrukt dat niemand mag worden verwijderd of uitgezet naar, dan wel uitgeleverd mag worden aan een staat waarin een ernstig risico bestaat dat hij aan de doodstraf, aan folteringen of aan andere onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen wordt onderworpen. Ten slotte bepaalt punt 10 van de Preambule dat de toepassing van het Europees Aanhoudingsbevel kan worden opgeschort in geval van een ernstige en voortdurende schending door een lidstaat van de in art. 6, lid

1 van het Verdrag betreffende de Europese Unie neergelegde beginselen. De boodschap is duidelijk. Mocht de verplichting om een aanhoudingsbevel uit te voeren in conflict komen met de opdracht om de rechten van de mens te respecteren dan moet laatstgenoemde prevaleren. Tot zover de theorie.

3. In de onderhavige zaak stelt de Rechtbank van Bremen de prejudiciële vraag aan de orde hoe men in het geval van een concreet dreigende botsing van verplichtingen moet reageren. Moet men de uitvoering van het EAB weigeren of moet men de inwilliging afhankelijk stellen van de garanties van de verzoekende staat – in dit geval Hongarije en Roemenië – dat detentieomstandigheden voldoen aan de geldende maatstaven? De Duitse rechtbank heeft alle reden zich zorgen te maken. Eerder heeft het EHRM zowel Hongarije als Roemenië veroordeeld voor schending van art. 3 EVRM vanwege het feit dat deze landen mensen plegen op te sluiten in te kleine en overvolle cellen die vaak onverwarmd zijn en slechte sanitaire voorzieningen hebben (vgl. *Varga e.a. t. Hongarije*, EHRM 10 maart 2015, nrs. 14097/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 en 64586/13, «EHRC» 2015/117; *Voicu t. Roemenië*, EHRM 10 juni 2014, nr. 22015/10). Het Europese Comité inzake de Preventie van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing heeft deze bevindingen bevestigd. Overigens is het niet vanzelfsprekend dat het EU Hof van Justitie, in het voetspoor van het EHRM in de *Soering*-zaak, ook daadwerkelijk zal oordelen dat de uitvoering van een Aanhoudingsbevel zal moeten wijken voor de naleving van fundamentele rechten van de mens. In de onderhavige zaak geeft het Hof aan dat het systeem van weigeringsgronden in art. 3 en 4 van het Kaderbesluit uitputtend is (par. 80) en het bevestigt hiermee zijn vaste jurisprudentie (*Leymann en Pustovarov*, HvJ 1 december 2008, NJ 2009, 394, m.nt. A.H. Klip; *Wolzenburg*, HvJ 6 oktober 2009, zaak C-388/08 PPU, NJ 2009, 591, m.nt. Keijzer; *Mantello*, HvJ 16 november 2010, zaak C-261/09, NJ 2011, 86). Dat lijkt op het eerste gezicht toetsing aan dreigende schendingen van mensenrechten uit te sluiten.

4. Op zich is het wel gebruikelijk dat staten om garanties vragen en die praktijk wordt ook door het Straatsburgse Hof erkend. Of zulke garanties afdoende zijn zal afhangen van eerdere ervaringen met de verzoekende staat in kwestie en met diens algehele reputatie. Zo vond het Hof in de zaak



van *Al-Moayad t. Duitsland* (EHRM 20 februari 2007, nr. 35865/03, «EHCRC» 2007/78) de verzekering van de Verenigde Staten dat de opgeëiste persoon niet naar een speciale detentiefaciliteit zou worden gestuurd, alwaar hij onderworpen zou worden aan ondervragingstechnieken die de toets van art. 3 EVRM niet zouden kunnen doorstaan, toereikend in het licht van eerdere ervaringen van Duitsland met de Verenigde Staten, waarbij het vertrouwen niet beschaamd was. Maar in de zaak van *Saadi t. Italië* (EHRM 28 februari 2008 (GK), nr. 37201/06, «EHCRC» 2008/59 m.nt. Woltjer) kwam het Hof tot de slotsom dat diplomatieke garanties van de kant van Tunesië de Italiaanse rechtbank niet ontsloegen van de verplichting om nog eens goed te onderzoeken wat die waard waren, nu betrouwbare bronnen gewezen hadden op wijdverbreide praktijken die duidelijk in strijd waren met de beginselen van het EVRM.

5. Op het eerste gezicht lijkt het Hof van Justitie de vraag van de Duitse rechtbank enigszins te ontwijken. Het Hof dringt er bij de uitvoerende autoriteiten op aan om zoveel mogelijk informatie los te krijgen van de verzoekende staat – en uit andere bronnen – om zich een goed beeld te kunnen vormen van de detentieomstandigheden. Daarbij tekent het Hof aan dat een reëel risico van vernederende en onmenselijke behandeling dat gefundeerd is op *algemene* detentiecondities in de verzoekende staat onvoldoende is om de uitvoering van het EAB te weigeren. Aangetoond moet worden dat deze specifieke persoon wiens overlevering gevorderd is een dergelijk gevaar loopt (par. 91/92). Die zienswijze sluit aan bij de opvattingen van het VN Anti-Folter Comité dat al eerder heeft verkondigd dat er *specifieke* redenen moeten zijn om aan te nemen dat klager *persoonlijk* het risico loopt te worden gefolterd (*Chipana t. Venezuela*, CAT 16 december 1998, CAT/C/21/D/110/1998). Als er dan uiteindelijk wordt vastgesteld dat er een reële kans bestaat dat de opgeëiste persoon aan een onmenselijke of vernederende behandeling wordt onderworpen, dan moet de uitvoerende staat de overlevering opschorten, maar niet weigeren, aldus het Hof. Intussen kan de opgeëiste persoon niet onbepaald in overleveringsdetentie blijven. Maar mocht de rechtbank nu besluiten om de opgeëiste persoon op vrije voeten te stellen, dan moet men maatregelen nemen om te voorkomen dat hij ervandoor gaat, zodat hij alsnog kan worden overgeleverd, zodra de situatie tot klaarheid is gebracht.

6. Met dit al heeft de uitspraak wat onbevredigends. Vlucht het Hof hier niet in de procedure, zo is men geneigd zich af te vragen. Men komt misschien in de verleiding om het ontslag uit overleveringsdetentie op te vatten als een sanctie op het falen van de verzoekende staat om voldoende garanties te bieden, maar dat lijkt mij een onjuiste voorstelling van zaken. Het Hof gaat immers uitsluitend na of de vrijheidsbeneming nog wel in het algemeen evenredig is aan het beoogde doel. De relatie met eventuele tekortkomingen in het optreden van de verzoekende staat is op z'n hoogst indirect. Wat moet er nu gebeuren als de informatie zonneklaar en volledig is, maar uitwijst dat de opgeëiste persoon inderdaad in een overvolle en smerige cel zijn straf zal moeten uitzitten? Pas in de allerlaatste zin van de uitspraak biedt het Hof een opening: als het bestaan van een dergelijk risico niet binnen een redelijke tijdspanne ontzenuwd kan worden, moet de gerechtelijke autoriteit beslissen of de overleveringsprocedure tot een einde gebracht moet worden. Kennelijk is het stopzetten van de procedure – hetgeen feitelijk neerkomt op weigering van de tenuitvoerlegging van het EAB – dus niet volledig taboe. Tegen de achtergrond van de hierboven genoemde vaste jurisprudentie lijkt hier toch sprake te zijn van een voorzichtige kentering. Hoewel het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zich hier bij mijn weten nog niet over heeft uitgelaten, zal het Straatsburgse Hof eveneens in voorkomende gevallen oordelen dat de aangezochte staat zich schuldig maakt aan een schending van de rechten van de mens, als de rechten van de overgeleverde persoon in de staat die het EAB uitvaardigt in ernstige mate dreigen te worden aangetast.<sup>1</sup>

7. Toegegeven moet worden dat de oplossingen voor dit probleem ook niet zo eenvoudig zijn. De overname van strafvervolgning of strafexecutie door de staat van uitvoering – *in casu* Duitsland

1 In gelijke zin V.H. Glerum, *De weigeringsgronden bij uitlevering en overlevering; een vergelijking en kritische evaluatie in het licht van het beginsel van wederzijdse erkenning*, Nijmegen 2013, p. 192: 'De lidstaten blijven dan ook onder het EVRM volledig verantwoordelijk voor eventuele schendingen van het EVRM die zij door overlevering veroorzaken.'

– is doorgaans geen optie, omdat alle EU-lidstaten – om begrijpelijke redenen – eisen stellen aan de mate waarin de opgeëiste persoon geïntegreerd is in hun samenleving, alvorens zij met dergelijke alternatieven instemmen (zie over deze materie de volgende prejudiciële beslissingen van het Europese Hof: *Kozłowski*, HvJ 17 juli 2008, zaak C-66/08 en *Wolzenburg*, HvJ 6 oktober 2009, zaak C-123/08). Uitsluitend structurele verbeteringen van detentieomstandigheden zullen hier soelaas kunnen bieden. Willen staten meedoen aan en profiteren van het soepele rechtshulpverkeer in strafzaken in Europa dan zullen zij hun strafrechtspleging, inclusief hun penitentiaire klimaat, op orde moeten hebben. In een tijdsgewricht waar staten een broertje dood hebben aan Brusselse bemoeizucht is dat geen populaire boodschap. Maar niet genoeg kan benadrukt worden dat lidmaatschap van de Europese Unie geen vrijblijvende kwestie is: ‘It’s a tough game’.

H. van der Wilt  
Hoogleraar internationaal strafrecht, UvA

*niet mogen discrimineren bij de uitoefening van hun gedeelde bevoegdheden. Als het voorstel nu specifiek tot doel had discriminatie van bevolkingsgroepen uit te bannen, zou misschien nog kunnen gelden dat er een bevoegdheid is onder art. 19 VWEU om maatregelen te treffen. Nu geldt echter dat het voorstel louter is gericht op het voorkomen van verschillen en achterstanden op economisch gebied van regio's. Daarvoor bieden noch art. 21 lid Hv noch art. 19 VWEU een grondslag. Ook art. 22 Hv, over eerbiediging van taal en cultuur, kan geen grondslag vormen, nu art. 6 sub c VWEU hier alleen een coördinerende taak ziet en ook art. 167 VWEU geen duidelijke bevoegdheid bevat om een regeling als hier gewenst te maken. De EC had dan ook gelijk in haar stelling dat er geen bevoegdheid is om een maatregel als deze te treffen. Nu ook de formele weigeringsgronden correct zijn toegepast, is van een schending van het recht op behoorlijk bestuur evenmin sprake.*

Izsák en Dabis  
tegen  
Europese Commissie

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## 158

Gerecht EU  
10 mei 2016, zaak T-529/13  
(Kanninen (President), Pelikánová, Buttigieg)

### EU-cohesiebeleid. Burgerinitiatief. Discriminatieverbod. Bevoegdheid.

[VEU art. 3 lid 4, 6 lid 1; VWEU art. 6 sub c, 19, 167; Handvest Grondrechten EU art. 21 lid 1, 22, 41, 51 lid 1]

*Deze zaak heeft betrekking op een afgewezen burgerinitiatief dat beoogt dat in het EU-cohesiebeleid aandacht wordt besteed aan regio's met andere kenmerken op etnisch, cultureel, religieus of taalgebied dan de omliggende regio's. De Europese Commissie heeft dit initiatief afgewezen, deels omdat niet aan formele voorwaarden was voldaan, deels ook omdat de EU geen bevoegdheid heeft om op het beoogde terrein op te treden. Het Hof wijst er daarbij op dat art. 21 lid 1 Hv al een discriminatieverbod bevat en dat meer in algemene zin uit art. 6 lid 1 VEU en art. 51 lid 1 Hv blijkt dat grondrechten in acht moeten worden genomen; dat betekent dat de Unie en de lidstaten ook nu al*

## Uitspraken EHRM

## 159

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
15 maart 2016, nr. 61495/11  
(Sajó (President), De Gaetano, Zupančič, Tsotsoria, Kūris, Motoc, Kucsko-Stadlmayer)  
Noot K. Lindenberg onder «EHRC» 2016/175

**Verbod van onmenselijke of vernederende behandeling. Recht op respect voor privé- en gezinsleven. Positieve verplichtingen. Effectief onderzoek bij vervolging verkrachting. Contextgevoelige benadering. Eis van instemming met seksuele handelingen.**

[EVRM art. 3, 8]

*Klaagster is op elfjarige leeftijd beweerdelijk verkracht door een 52-jarige buurman J.V., en vier van haar buurjongens. Zij had daarover niets aan*

haar ouders gezegd tot bleek dat ze zwanger was geworden. Die zwangerschap is met instemming van de ouders beëindigd en na indiening van een klacht heeft strafrechtelijke vervolging plaatsgevonden van J.V. en de vier buurjongens. Daarbij is een psychiatrisch rapport opgemaakt over de PTSS van klagster, maar in de procedure is vooral rekening gehouden met de verklaringen van de verdachten, die allemaal stelden dat klagster zelf had uitgelokt tot seksueel gedrag en daar haar toestemming aan had gegeven. Dat verweer is door de nationale rechter uiteindelijk geaccepteerd. Voor het EHRM stelt klagster dat daarmee – in strijd met art. 3 en 8 EVRM – onvoldoende bescherming is geboden aan haar lichamelijke integriteit. Het EHRM herhaalt de positieve verplichtingen die het eerder heeft vastgesteld in het licht van art. 3 en 8 EVRM in *M.C. t. Bulgarije* (EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98, «EHRC» 2004/6 m.nt. Mols). In dit geval onderzoekt het uiteindelijk alleen of in het concrete geval het onderzoek en de vervolging voldoende zorgvuldig zijn geweest. Daarbij wijst het erop dat het in dit soort gevallen van belang is om een kindgevoelige benadering te kiezen, waarbij rekening wordt gehouden met specifieke reacties van kinderen op traumatische gebeurtenissen. Het Hof stelt vast dat Roemeense rechtbanken een dergelijke benadering in meer algemene zin maar zelden aan de dag leggen. Ook in de onderhavige zaak valt op dat vooral is gekeken naar de verklaringen van de verdachten en twee getuigen (die ongeveer even oud waren als klagster en familie waren van de verdachten), terwijl het psychiatrisch rapport buiten beschouwing is gelaten. Enkele verdachten zijn niet zelf gehoord, geen aandacht is gegeven aan het grote leeftijdsverschil, en niet is nagegaan waarom klagster valselijk zou hebben beweerd te zijn verkracht. Gelet daarop, in het licht van de meer algemene wijze van beoordeling van dit soort zaken, constateert het Hof dat de staat niet voldoende tegemoet is gekomen aan zijn positieve verplichtingen. Schending art. 3 en art. 8 EVRM.

M.G.C.  
tegen  
Roemenië

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

Noot K. Lindenberg onder «EHRC» 2016/175.

## 160

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
24 maart 2016, nr. 48475/09  
(Lazarova Trajkovska (President), Bianku,  
Pardalos, Sicilianos, Mahoney, Pejchal,  
Harutyunyan)  
Noot K. Henrard onder «EHRC» 2017/165

**Asielzoeker. Geweldsmisdrijf. Bijzondere onderzoekplicht naar racistische motivatie van geweldsmisdrijf. Algemene context van mishandelingen van asielzoekers. Discriminatieverbod. Institutionele discriminatie.**

[EVRM art. 2, 3, 13]

*Sakir is een asielzoeker die in 2009 ernstig wordt mishandeld door een groep gemaskerde mannen met messen en metalen stokken op een plein in Athene. De politie wordt gewaarschuwd en stelt een onderzoek in naar de gebeurtenissen. Een illegale vreemdeling die getuige was van het incident identificeert twee mensen als leden van de groep daders maar herroept dat enkele uren later. Omdat Sakir niet officieel als asielzoeker is aangemeld wordt hij in vreemdelingenbewaring geplaatst met het oog op uitzetting. De procureur sluit de zaak in 2012 wegens gebrek aan bewijs van de identiteit van de daders.*

*Sakir klaagt bij het Hof over een schending van art. 2 EVRM wegens het gebrekkige onderzoek naar de toedracht van zijn zware mishandeling. Hij klaagt eveneens over schending van art. 3 en 13 EVRM wegens de leefomstandigheden gedurende de vreemdelingenbewaring en de onmogelijkheid hierover te klagen.*

*Het Hof besluit tot een schending van art. 3 EVRM wegens de deplorabele detentieomstandigheden en het gebrek aan zorg voor zijn gezondheid. Het Hof herkwatificeert Sakirs klacht over het gebrekkige onderzoek als een klacht over art. 3 EVRM, aangezien zijn leven niet in gevaar was door de mishandelingen. Het Hof stelt verschillende tekortkomingen vast van het door de politie gevoerde onderzoek. Het slachtoffer is niet gehoord, en er heeft geen confrontatie plaatsgevonden met de door de getuige aangewezen daders. Geen onderzoek is gedaan naar de gebruikte wapens en niet alle getuigen zijn opgeroepen en gehoord. Het Hof is ook kritisch over de manier waarop de getuige – een illegale vreemdeling – is ondervraagd door de politie. Het Hof benadrukt het belang van de*

context van racistisch geweld in het centrum van Athene en de gerapporteerde gebreken van de politie om deze gewelddaden te stoppen dan wel adequaat te onderzoeken. Het Hof bekritiseert tenslotte dat de politie ondanks de aanwijzingen van racistische motivatie van de aanval, het incident niet in de bredere context van racistisch geweld heeft geplaatst. Deze nalatigheid heeft de effectiviteit van het onderzoek verder ondermijnd. Gezien de verschillende tekortkomingen in het gevoerde onderzoek, besluit het Hof tot een schending van art. 3 EVRM in zijn procedurele dimensie.

Sakir  
tegen  
Griekenland

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

Noot K. Henrard onder «EHC» 2017/165.

## 161

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
29 maart 2016, nr. 16899/13  
(López Guerra (President), Nicolaou, Keller,  
Dedov, Lubarda, Pastor Vilanova, Poláčeková)  
Noot prof. mr. drs. M. Bruning

**Gezinsleven. Licht verstandelijk beperkte ouder. Beperking gezag. Uithuisplaatsing kind.**

[EVRM art. 8, 14]

Eerste klager heeft een licht verstandelijke beperking en heeft als jong-volwassene gedurende 29 jaar in een zorginstelling verbleven. In de instelling had hij veel vrijheid; hij kon zelf beslissen wanneer hij de zorginstelling wilde verlaten. Hij woonde daar zelfstandig in een eigen kamer die hij opgeruimd hield en zorgde voor zijn eigen eten en medicatie. Tevens verrichtte hij betaald werk. In 2007 trouwde hij met L.S., die in dezelfde zorginstelling verbleef, maar dit huwelijk werd later nietig verklaard omdat L.S. handelingsonbekwaam was vanwege haar geestelijke handicap; zij stond onder curatele. L.S. kreeg in mei 2007 een kind van eerste klager (tweede klager), dat echter meteen in een kindertehuis werd geplaatst omdat L.S. niet voor haar kon zorgen. Eerste klager, die als juridisch

vader werd aangemerkt na erkenning van het kind, bezocht zijn dochter regelmatig en gaf aan dat zodra hij dat zou kunnen, hij zelf voor zijn dochter wilde zorgen. Dat werd mogelijk toen hij begin 2012, toen zijn dochter vier jaar oud was, werd ontslagen uit de zorginstelling en in een eigen flat ging wonen. Het kindertehuis had ernstig bezwaar tegen de plaatsing van het meisje bij eerste klager, omdat hij met zijn partner L.S. niet voor een gezond leefklimaat voor het meisje zou kunnen zorgen en een overplaatsing het meisje op dat moment ernstige schade en stress zou opleveren. Een overplaatsing was te voorbarig volgens het tehuis. Het kindertehuis verzocht de rechter derhalve om eerste klagers ouderlijk gezag te beperken en werd in het gelijk gesteld door de rechter in eerste aanleg en het hof. De rechters overwogen dat een plaatsing van het meisje bij haar vader (eerste klager) niet in haar belang was; het meisje voelde zich nerveus in de nabijheid van haar ouders en had moeite om met hen te communiceren, terwijl eerste klager geen enkele ervaring had met het opvoeden van een kind en pas net, na 29 jaar verblijf in een zorginstelling, zelfstandig woonde. Ook benoemde de rechtbank dat er in verband met de licht verstandelijke beperking van eerste klager onvoldoende bewijs was dat de situatie bij hem thuis veilig zou zijn, te meer omdat de moeder L.S. vrije toegang tot zijn woning had en handelingsonbekwaam was. Ten slotte noemde de rechtbank dat er onvoldoende financiële draagkracht was bij eerste klager. Het Hof bekrachtigde de beslissing en de motivering daarbij. In 2013 diende eerste klager een verzoek in om te worden hersteld in het ouderlijk gezag; dit verzoek werd op 8 april 2013 toegewezen. De tweede klager, de dochter, had inmiddels een nauwe persoonlijke band ontwikkeld met haar ouders en voelde zich veilig bij hen; ook had eerste klager een stabiel en voldoende inkomen. Sinds mei 2013 woont het meisje bij eerste klager.

De vader dient een klacht in bij het EHRM, ook namens zijn dochter; de beperking van zijn ouderlijk gezag zou in strijd zijn met art. 8 en 14 EVRM. Vier derde-partijen voegen zich en benadrukken het recht van gehandicapte ouders op gezinsleven. Zij concluderen dat het scheiden van kinderen en hun gehandicapte ouders met strikte waarborgen moet zijn omkleed en in beginsel niet alleen een schending van art. 8, maar ook van 14 EVRM behelst, te weten discriminatie op grond van hun handicaps. Het EHRM beoordeelt de zaak onder art. 8 EVRM en geeft daarbij aan dat de nationale rechter relevante redenen heeft aangevoerd om het ouderlijk gezag van eerste klager te beperken. Het consta-

teert echter ook dat de nationale rechters veel bewijsmateriaal hebben laten liggen, zoals de verklaring van het kindertehuis dat de dochter niet meer bang was voor haar ouders en dat eerste klager haar regelmatig had bezocht. Het EHRM concludeert dat de nationale rechters een formalistische aanpak voorstonden door stilzwijgend al het bewijs dat tegen het standpunt van de verzoeker tot gezagsbeperking in ging, te negeren. De nationale rechters hadden volgens het EHRM een onafhankelijk deskundigenonderzoek moeten gelasten. Daarbij mag het afwezig zijn van vaardigheid en ervaring met het opvoeden van kinderen volgens het EHRM geen reden zijn om ouderlijk gezag te beperken of een kind uit huis te plaatsen. Het lijkt er volgens het EHRM op alsof de nationale rechters hun oordeel over de opvoedkwaliteiten van eerste klager enkel baseerden op zijn jarenlange verblijf in een zorginstelling, zonder enige informatie waaruit bleek dat eerste klager in staat was om zijn dochter op te voeden, mee te nemen. Eerste klagers langdurige verblijf in een zorginstelling kan volgens het EHRM niet worden gezien als voldoende grond voor een beperking van zijn ouderlijk gezag en daarmee een langduriger verblijf voor zijn dochter, tweede klager, in alternatieve zorg. Ten aanzien van de verwijzing van de nationale rechters naar de handelingsonbekwaamheid (ondercuratelestelling) van eerste klagers partner, L.S., geeft het EHRM aan dat handelingsonbekwaamheid niet per definitie betekent dat iemand een gevaar voor zijn of haar omgeving is. Derhalve was dit onvoldoende reden voor de beperking van eerste klagers ouderlijk gezag. Evenmin konden eerste klagers financiële problemen als zodanig voldoende grond opleveren voor een beperking van het ouderlijk gezag. Het EHRM beslist tot een schending van art. 8 EVRM en overweegt ten slotte dat het niet noodzakelijk is om te oordelen over een vermeende schending van art. 14 EVRM, dit in het licht van de beoordeling van het EHRM ten aanzien van art. 8 EVRM en de geconstateerde schending.

Kocherov en Sergeyeva  
tegen  
Rusland

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## NOOT

1. Het EHRM maakt in deze uitspraak korte metten met de veronderstelling dat ouders met een licht verstandelijke beperking een onvoldoende veilig opvoedklimaat voor hun kinderen kunnen bieden, waarmee een beperking van het ouderlijk gezag zou zijn gelegitimeerd. De vader in kwestie, die tevens namens zijn minderjarige dochter een klacht bij het EHRM indiende, had de schijn bepaald tegen. Hij woonde vanaf zijn zeventiende tot zijn zesenvestigste levensjaar, dat wil zeggen ruim 29 jaar, in een zorginstelling. Hij krijgt daar een relatie met een medebewoonster, een vrouw die onder curatele staat, en samen krijgen zij een dochter. Uit de EHRM-beslissing valt af te leiden dat de partner van klager zelf niet in staat was haar kind op te voeden. Het huwelijk dat zij sluiten wordt vernietigd aangezien zij onder curatele staat en derhalve handelingsonbekwaam is. Verder wordt er gesproken over een psychiatrische rapportage van de vrouw waarin is aangegeven dat haar gedrag conflictueuze, agressieve en emotioneel inadequate tendensen vertoont. De zaak draait dan ook om de wens van vader om zijn kind op te voeden; de moeder heeft daar geen belangrijke rol in, zo lijkt het althans.

De pasgeboren dochter wordt direct na haar geboorte in een kindertehuis geplaatst. Het lijkt er op dat de vader (alleen) met het ouderlijk gezag over het meisje is belast, maar instemt met de plaatsing van zijn dochter in het kindertehuis. Het gaat derhalve om een vrijwillige plaatsing. Klager bezoekt haar daar regelmatig, neemt haar mee om te wandelen en koopt kleding en kadootjes voor haar. Hij geeft in het vierde levensjaar van zijn dochter aan dat zodra hij zelfstandig zou wonen, hij het meisje zelf wilde opvoeden. Dit bericht doet het kindertehuis schrikken, aangezien de professionals die daar werken vinden dat een plaatsing van het meisje bij haar vader niet in haar belang zou zijn. Daarom verzoekt het kindertehuis pas op dat moment om een beperking van het ouderlijk gezag van vader, en dit verzoek wordt door de rechter toegewezen; in hoger beroep wordt de beslissing bekrachtigd. De klacht bij het EHRM draait om deze beslissing tot een beperking van het gezag.

2. De onderbouwing van de gronden die de nationale rechters aandragen voor de gezagsbeperking, heeft in belangrijke mate te maken met de achtergrond van de vader. Hij zou nooit zelfstandig hebben gewoond en daarom zou een directe overplaatsing van zijn dochter naar hem in zijn



eerste maanden van zelfstandig wonen prematuur zijn; hij zou te weinig financiële middelen hebben om zijn dochter te onderhouden; vanwege zijn licht verstandelijke beperking zou hij volgens de Russische wet geen kind mogen adopteren en dit zou er op wijzen dat hij geen veilige leefsituatie voor zijn dochter kon bieden; zijn partner, de moeder van het meisje, had vrije toegang tot zijn woonruimte en haar handelingsonbekwaamheid vanwege de ondercuratelestelling zou ook in de richting van een onveilige leefsituatie voor het meisje leiden. Maar het belangrijkste argument leek toch te liggen in de belangen van de jonge dochter: toen ze voor het eerst hoorde dat ze bij haar vader zou gaan wonen, zou ze angstig en gespannen zijn geweest. Het argument van de professionals dat een plaatsing van het meisje prematuur zou zijn geweest, is wat mij betreft legitiem. Maar waarom dan niet bijvoorbeeld een langzamer overplaatsing door eerst een contactuitbreiding, met weekendbezoek, en een meer geleidelijke plaatsing van het meisje naar haar vader met intensieve begeleiding? Deze geleidelijke overgang werd zelfs door vader voorgesteld. Tegelijk raakt dit argument de kern van de zaak niet; ook bij een herstel van het ouderlijk gezag van vader zou dit nog niet per definitie hoeven te betekenen dat het meisje automatisch direct bij vader zou gaan wonen.

De beweegredenen van de nationale rechters lijken toch vooral te zijn gericht op het gebrek aan vertrouwen in de opvoedkwaliteiten van de vader. Hoewel hij verschillende verklaringen kon overleggen die erop wezen dat hij wel degelijk in staat was om een veilig opvoedklimaat te bieden, werden die door de nationale rechters niet meegenomen in hun beslissing. Het was alsof er op vader een enorme bewijslast rustte vanuit de veronderstelling dat ouders met een licht verstandelijke beperking doorgaans geen veilig opvoedklimaat kunnen bieden, maar dat hij tegelijk geen eerlijke kans kreeg aangezien het bewijs dat hij daarvoor aanvoerde, niet, althans in elk geval niet zichtbaar, werd meegewogen. Het Gerechtshof geeft opnieuw aan dat klager onvoldoende overtuigend bewijs had aangevoerd dat er geen risico's voor zijn dochter waren om bij hem te wonen en hij een veilig opvoedklimaat kon bieden. Dit wordt door het EHRM afgestraft, waarover later meer.

3. Het is niet voor het eerst dat het EHRM zich buigt over ouders met licht verstandelijke beperkingen en hun recht op gezinsleven met hun kin-

deren. In *Kutzner t. Duitsland* (EHRM 26 februari 2002, nr. 46544/99) werden twee kinderen gescheiden van hun ouders met een licht verstandelijke beperking en geplaatst in pleeggezinnen. Het EHRM onderstreepte dat de uithuisplaatsing van kinderen in een gunstiger omgeving geen legitieme reden kan zijn om een scheiding tussen ouders en kinderen te rechtvaardigen en daarmee te voldoen aan art. 8 lid 2 EVRM. De kinderen hadden op vrijwillige basis hulp ontvangen, maar bleken in hun ontwikkeling achter te lopen. Het EHRM wierp in deze uitspraak de vraag op of de bevoegde autoriteiten zich wel genoeg hadden ingespannen om andere hulp op vrijwillige basis aan te bieden ter ondersteuning van de ouders bij de opvoeding in plaats van de extreme en vergaande beslissing om kinderen en ouders te scheiden, en concludeerde dat sprake was van een schending van art. 8 EVRM. Art. 14 EVRM werd in deze zaak overigens in het geheel niet genoemd. In *Saviny t. Oekraïne* (EHRM 18 december 2008, nr. 39948/06, «EHRC» 2009/18) werden kinderen van blinde ouders met financiële problemen uit huis geplaatst. Opnieuw bevestigde het EHRM dat er onvoldoende grond was voor deze ingrijpende maatregel, die een drastische inbreuk, namelijk een scheiding tussen kinderen en hun ouders, teweeg brengt. De uithuisplaatsing was dan wel relevant, maar niet voldoende om te voldoen aan de vereiste 'noodzakelijkheid in een democratische samenleving' en derhalve werd ook in deze zaak een schending van art. 8 EVRM geconstateerd. In *B. t. Roemenië* (19 februari 2013, nr. 1285/03) en *A.K. en L. t. Kroatië* (8 januari 2013, nr. 37956/11, «EHRC» 2013/162 m.nt. De Graaf) ging het om de scheiding tussen kinderen en moeders met resp. een psychische stoornis en een licht verstandelijke beperking en werd door het EHRM benadrukt dat procedurele verplichtingen die voortvloeien uit art. 8 EVRM met zich meebrengen dat deze ouders voldoende worden ondersteund in de procedure. In beide zaken werd vanwege een gebrek aan juridische ondersteuning tot een schending van art. 8 EVRM geconcludeerd.

In de onderhavige zaak valt op dat door klagers (bijgestaan door een advocaat) en derde-partijen sterk de nadruk wordt gelegd op rechten van ouders met beperkingen om voor hun kinderen te zorgen, waarbij elke vorm van discriminatie moet worden tegengegaan. Ook het EHRM gaat, bij de beoordeling onder art. 8 EVRM, in op de

door de nationale autoriteiten vermeende veronderstelling dat vader vanwege zijn langdurige verblijf in een zorginstelling als licht verstandelijk beperkte ouder niet in staat zou zijn om een veilig opvoedklimaat te bieden. De recente mondiale en regionale aandacht voor rechten van gehandicapten, waaronder gehandicapte ouders (denk aan het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (A/RES/61/106) en de Aanbeveling Rec(2006)5 van het Comité van Ministers van de lidstaten inzake het Actieplan van de Raad van Europa ter bevordering van de rechten en de volledige participatie van personen met een beperking in de maatschappij: naar een betere kwaliteit van leven voor personen met een beperking in Europa 2006-2015), met daarbij een groeiende erkenning van het uitoefenen van ouderlijk gezag door hen, kunnen hier een verklaring voor zijn.

4. Het EHRM oordeelt in deze zaak dat de gronden voor het beperken van het ouderlijk gezag van de eerste klager wel relevant, maar niet voldoende zijn. Ten aanzien van de relevantie weegt het EHRM mee dat vader onbeperkt contact met zijn dochter kon hebben en dat de beperking van het gezag niet definitief was, maar er een mogelijkheid bestond om te verzoeken om herstel in het gezag. Daarbij had het kindertehuis aangegeven dat het niet in het belang van het meisje zou zijn om al zo snel na het ontslag van haar vader uit de zorginstelling bij hem te gaan wonen. Om te beslissen over de vraag of de beperking van vaders gezag ook 'sufficient' was, oordeelt het EHRM over de verschillende argumenten die de nationale rechters benoemden om het gezag van vader te beperken. Het EHRM beslist dat de nationale rechters te kort door de bocht zijn gegaan door de informatie die vader aandroeg om aan te tonen dat hij gekwalificeerd was als opvoeder en zijn dochter een veilig opvoedklimaat kon bieden, te laten liggen en, zo lijkt het althans, niet mee te wegen. Zoals het EHRM in familiezaken recent vaker bepleit, wordt ook in deze uitspraak benadrukt dat de nationale rechters een onafhankelijk deskundigenonderzoek hadden moeten gelasten. Door een 'formalistic approach' waarbij slechts de opvatting van het kindertehuis werd omarmd door de nationale rechters en de informatie van vader stilzwijgend opzij werd geschoven, hebben de nationale rechters niet overtuigend aangetoond dat de plaatsing van het meisje bij haar vader niet in haar belang zou zijn, aldus het EHRM. Ook met de andere argumenten van de nationale

rechters maakt het EHRM korte metten: het ontbreken van ervaring in het opvoeden van kinderen mag nooit een reden zijn om ouderlijke rechten in te perken of kinderen uit huis te plaatsen. Het enkele feit dat eerste klager gedurende bijna dertig jaar in een zorginstelling verbleef, kan nooit voldoende reden zijn om het meisje in een instelling te laten wonen en het gezag van vader te beperken. De verwijzing naar de licht verstandelijke beperking zonder in te gaan op bewijs dat aantoonde dat eerste klager prima in staat was om zijn dochter op te voeden, was onvoldoende reden voor de inbreuk op het gezinsleven. De verwijzing naar de handelingsonbekwaamheid van de moeder was ook onvoldoende reden; dit wil volgens het EHRM namelijk nog niet zeggen dat zij ook per definitie een gevaar voor anderen was. Tenslotte herhaalt het EHRM dat financiële problemen nooit op zichzelf voldoende reden kunnen zijn voor een inbreuk in het gezinsleven door kind en ouders te scheiden (zie ook o.m. *Moser t. Oostenrijk*, 21 september 2006, nr. 12643/02, «EHRC» 2006/129). Het EHRM oordeelt derhalve inhoudelijk en kritisch en laat daarmee slechts een kleine beoordelingsruimte over aan de nationale autoriteiten. Het EHRM noemt daarbij niet, zoals in de hierboven genoemde zaak *Kutzner t. Duitsland*, dat inspanningen hadden moeten worden verricht om met minder ingrijpende maatregelen de vader en zijn dochter te begeleiden en te ondersteunen bij de opvoeding, al had dat in deze zaak zeker ook ingezet kunnen worden. Daarmee zouden ook de eerder genoemde internationale documenten waarin rechten van gehandicapten zijn vastgelegd, kunnen zijn gebruikt als interpretatiemiddel bij art. 8 EVRM. Overigens valt tevens op dat, in tegenstelling tot veel andere familierecht-uitspraken van het EHRM waarbij kinderen betrokken zijn, geen verwijzing wordt gemaakt naar het VN-Kinderrechtenverdrag. Juist ten aanzien van de klachten van tweede klager had dat voor de hand gelegen.

5. Klagers doen niet alleen een beroep op art. 8, maar ook op art. 14 EVRM: de beperking van het gezag van eerste klager was gebaseerd op het vooroordeel van de verantwoordelijke autoriteiten dat ouders met verstandelijke beperkingen niet in staat zijn tot het bieden van een veilig opvoedklimaat voor hun kind. Het EHRM beslist dat, nu de argumenten die een gezagsbeperking onderbouwden, al inhoudelijk en gedetailleerd zijn geanalyseerd en tot een schending van art. 8 EVRM

hebben geleid, er geen noodzaak meer bestaat om de zaak ook onder art. 14 EVRM te beoordelen. Slechts als een duidelijke ongelijke behandeling bij de uitoefening van EVRM-rechten een kernelement van de zaak betreft, zal het EHRM op een substantiële bepaling uit het EVRM en op art. 14 EVRM ingaan (*Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*, 22 oktober 1981, nr. 7525/76, Series A, nr. 45). De *dissenting opinion* van rechter Keller betreurt juist dit onderdeel van de uitspraak. Volgens hem was de ongelijke behandeling van eerste klager vanwege zijn verstandelijke beperkingen nu juist wel een kernelement van deze zaak. Hij benadrukt de stereotype benadering van de nationale rechters, die leidt tot een stereotype motivering van de beslissing. Zonder inhoudelijk te beoordelen of deze vader voldoende opvoedkwaliteiten in huis had, hebben de nationale rechters aangenomen dat deze vader vanwege zijn verstandelijke beperking geen veilig opvoedklimaat kon bieden, gebaseerd op de veralgemenisering dat ouders met verstandelijke beperking hiertoe niet in staat zijn. Keller verwijst hierbij naar het VN-Gehandicaptenverdrag, waarin is opgetekend dat verdragsstaten passende bijstand moeten bieden aan gehandicapte ouders bij de opvoeding van hun kinderen en dat kinderen niet op grond van de handicap van het kind of de ouder van hun ouders mogen worden gescheiden (art. 23). Ik kan me vinden in deze *dissenting opinion*; in deze zaak ging het niet alleen om een inbreuk op art. 8 EVRM, maar speelden uitdrukkelijk ook vragen van discriminatoire aard. De beslissing van het EHRM en de lijn in de EHRM-jurisprudentie waarmee een beroep op art. 14 EVRM in combinatie met een substantieel EVRM-recht maar in weinig gevallen tot een inhoudelijke beoordeling van art. 14 EVRM leidt, maakt dat art. 14 EVRM tot een 'Cinderella-provision' wordt (aldus Keller in par. 11 van haar dissent, met verwijzing naar een publicatie van O'Connell uit 2009 (R. O'Connell, 'Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR', 29 *Legal Studies* (2009) pp. 211-229; zie *dissenting opinion* par. 11). Daarmee wordt het bereik van art. 14 EVRM ernstig en onnodig beperkt.

6. De discussie over opvoedkwaliteiten van ouders met licht verstandelijke beperkingen speelt ook in Nederland, en leidt van tijd tot tijd tot media-aandacht en verontwaardiging, bijvoorbeeld als een jonge baby direct na de geboorte van ouders

wordt gescheiden zonder dat de ouders zich hebben kunnen bewijzen als opvoeders (zie bijv. de nieuwsberichten over het zoontje van Moniek en Arjan dat direct na zijn geboorte uit huis werd geplaatst; RTL nieuws 20 januari 2016; over hun eerste kind, dat ook direct uit huis werd geplaatst, kwamen zij enkele jaren eerder ook in het nieuws). Ook de vraag of bepaalde volwassenen met een kinderwens verplicht zouden moeten worden gesteriliseerd, bijvoorbeeld als zij psychische stoornissen, verstandelijke beperkingen of verslavingsproblemen hebben, komt al jaren herhaaldelijk weer op. Juist vanwege de redenering van het EHRM in deze zaak, kort gezegd dat de veronderstelling 'het enkele feit dat ouders licht verstandelijke beperkingen hebben maakt ze ongeschikte opvoeders', niet legitiem is, ben ik bepaald geen voorstander van verplichte sterilisatie voor ouders met handicaps. Ik denk dat je er op grond van het EVRM en andere mensenrechtenverdragen nooit vanuit kunt gaan dat een bepaalde groep ouders per definitie niet in staat zal zijn om een kind op te voeden. Wat mij betreft moet deze discussie dan ook veel genuanceerder worden gevoerd dan vaak het geval is.

M. Bruning  
Hoogleraar Jeugdrecht Universiteit Leiden

## 162

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
30 maart 2016, nr. 5878/08  
(Raimondi (Voorzitter), Spielmann, Karakas, Casadevall, López Guerra, Villiger, Hirvelä, Nicolaou, Bianku, Vucinic, De Gaetano, Sicilianos, Mahoney, Wojtyczek, Dedov, Lubarda, Grozev)  
Noot prof. mr. J.M. ten Voorde

**Grote Kamer. Politiegeweld. Procedurele waarborgen. Noodweer. Subjectieve beoordeling.**

[EVRM art. 2]

*Op 22 juli 2005 werd tijdens een anti-terreuropeeratie van de Londense politie de Braziliaan Jean Charles de Menezes doodgeschoten. De Menezes was de verkeerde man op de verkeerde plaats. Hij bleek namelijk niets te maken te hebben met mis-*



lukte aanslagen in het openbaar vervoer van de dag ervoor en de dodelijke terreuraanslagen die Londen twee weken eerder hadden geteisterd. Na uitgebreid onderzoek kwamen de Engelse autoriteiten tot de conclusie dat er weliswaar fouten waren gemaakt in de voorbereiding en uitvoering van de operatie, maar aangenomen werd dat de schutters geen blaam trof. Zij werden niet vervolgd voor het van het leven beroven van De Menezes. De nicht van het slachtoffer, Armani da Silva, diende een klacht in bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Zij stelde dat sprake was van een schending van het procedurele aspect van art. 2 EVRM. Volgens het Hof beperkte de klacht zich tot de vraag of a) de Engelse autoriteiten in staat waren te beoordelen of het toegepaste geweld gerechtvaardigd was en b) of op basis van het onderzoek de verantwoordelijken konden worden geïdentificeerd en eventueel gestraft. Met een meerderheid van dertien tegen vier oordeelde de Grote Kamer van het Hof dat art. 2 EVRM niet was geschonden. Ten aanzien van onderdeel a) oordeelde het Hof dat uit zijn eerdere rechtspraak kan worden afgeleid dat ter beoordeling van de vraag of het geweld, dat het gevolg is van een verkeerde inschatting van de feiten, gerechtvaardigd is, goede redenen moeten bestaan. De beoordeling of er sprake was van goede redenen moet niet worden vastgesteld op basis van wat een gemiddelde derde ex nunc zou weten of behoren te weten, maar in het licht van alle ten tijde van de gedragingen bij de betrokken politieambtenaren bekende omstandigheden (een beoordeling ex tunc dus). Ten aanzien van onderdeel b) oordeelde het Hof dat voor het antwoord op de daarin gestelde vraag (ook) 'institutionele gebreken' in ogenschouw genomen moeten worden. Deze gebreken kunnen bestaan in de organisatie van het Openbaar Ministerie en het ontbreken van onafhankelijkheid en objectiviteit, in de standaard die wordt gehanteerd om te bepalen of een politieambtenaar wordt vervolgd en in de mogelijkheid om vervolgingsbeslissingen aan herziening te onderwerpen. In de onderhavige zaak vertoonde volgens de meerderheid van de Grote Kamer het onderzoek niet zodanige gebreken dat het procedurele aspect van art. 2 EVRM was geschonden.

Armani da Silva  
tegen  
Verenigd Koninkrijk

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## NOOT

1. Op 7 juli 2005 vonden in het centrum van de Britse hoofdstad Londen meerdere zelfmoord-aanslagen plaats. Bij deze aanslagen vielen 56 doden. Op 21 juli 2005 trof de Londense politie (de Metropolitan Police Service) in treinstellen van de metro en een bus vier rugzakken met explosieven aan. Naar aanleiding daarvan startte de politie een onderzoek om de personen die de rugzakken hadden achtergelaten te vinden en aan te houden. Op 22 juli 2005 leidde dat tot een surveillance-operatie bij meerdere woningen in Londen. Doel van de operatie was onder meer het aanhouden van een verdachte van de mislukte aanslagen, genaamd Hussein Osman. De operatie werd uitgevoerd door een surveillanceteam, ondersteund door een team van gespecialiseerde schutters. Rond half tien in de ochtend van 22 juli 2005 ziet het surveillanceteam een man één van de woningen die in de gaten werd gehouden verlaten. Omdat de schutters nog niet ter plaatse waren, kon niet tot aanhouding worden overgegaan en werd besloten de man te volgen. Korte tijd later stapte de man op een bus. Het surveillanceteam stelde op dat moment dat hij een goede mogelijke gelijkenis vertoonde met de eerder genoemde Hussein Osman. Later wordt dit genuanceerd, maar het vermoeden bleef bestaan dat ze met hem te maken hadden. De man stapte uit en vervolgens weer in de bus om uiteindelijk de bus te verlaten bij metrostation Stockwell. Aldaar liep hij het metrostation in. Inmiddels waren gespecialiseerde schutters gearriveerd en werd besloten de man aan te houden. Gevreemd werd namelijk voor nieuwe aanslagen in de metro. De schutters (Charlie 2 en 12 genoemd) vonden de man in een treinstel, zittend op een bank. Nadat zij waren gearriveerd, stond de man op, met zijn armen omlaag. Hij werd door de politieambtenaren op de bank geduwd. Volgens een getuige zou de man vervolgens zijn linkerhand naar de riem van zijn broek hebben gebracht, waarop de agenten op de man schoten. Hij stierf.

2. Het slachtoffer bleek niet Hussein Osman te zijn, maar Jean Charles de Menezes. Deze Braziliaan was op geen enkele wijze betrokken bij de mislukte aanslagen op 21 juli. Zijn dood leidde tot een onderzoek, dat werd uitgevoerd door de 'Independent Police Complaints Commission' (IPCC). De IPCC deed uitgebreid onderzoek, wat onder andere blijkt uit het horen van maar liefst

890 getuigen en het vergaren van meer dan 800 stuks bewijsmateriaal. In haar rapport concludeerde de commissie dat vervolging van onder andere Charlie 2 en 12, wegens moord, kon worden overwogen. De zaak werd in handen van het Openbaar Ministerie ('Crown Prosecution Service' of CPS) gesteld. Dat besloot geen van de betrokken politieambtenaren (waaronder Charlie 2 en 12) te vervolgen. Ten aanzien van Charlie 2 en 12 bestond er volgens het CPS geen 'realistic prospect of conviction'. Niet kon worden aangenomen dat het CPS 'beyond reasonable doubt' kon bewijzen 'that these two officers did not honestly and genuinely believe that they were facing a lethal threat' (par. 78). Dit standpunt werd herhaald door de lijkschouwer ('coroner') in zijn oordeel naar aanleiding van zijn onderzoek ('inquest') naar de dood van De Menezes. Het oordeel of er sprake is van zelfverdediging moet worden bepaald aan de hand van twee vragen: a) kon een politieambtenaar 'honestly and genuinely believe that it was necessary for him to use force in defence of himself and/or others? This is a question of subjective belief. Even if the belief was mistaken, and even if the mistake was unreasonable, the defence can still run. The reasonableness of the belief is only relevant in helping the jury to decide whether the belief was honestly held' en b) 'if the officer did hold the belief, did he use no more force than was reasonably necessary in the circumstances as he believed existed at the time? This is an objective test, but it is applied realistically. Where a person faces a threat, the Courts will not judge with too much precise a measure the degree of force he uses' (par. 106). Volgens de lijkschouwer was er geen sprake van disproportioneel handelen, een oordeel dat door de bestuursrechter in een verzoek tot herziening van dit oordeel in stand werd gelaten (par. 125). Intussen was besloten tegen Charlie 2 en 12 geen disciplinaire maatregelen te treffen (par. 137).

3. Door een nicht van het slachtoffer werd een klacht ingediend bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het Hof). De klacht hield in dat de Britse autoriteiten geen effectief onderzoek hadden uitgevoerd naar de feiten, het bepalen of het gebruik van geweld in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd was en het identificeren van de verantwoordelijken. De klacht beperkte zich dus tot het procedurele aspect van art. 2 EVRM. In de toelichting op de klacht werden echter ook materiële aspecten aan de orde

gesteld. In het bijzonder werd geklaagd over de voorwaarden van zelfverdediging die in het Engelse recht worden gehanteerd. De standaard zou te laag zijn ten opzichte van de standaard die met betrekking tot zelfverdediging door het Hof is ontwikkeld. Klaagster meende dat uit de rechtspraak van het Hof moet worden afgeleid dat een eerlijke maar foute overtuiging dat er sprake was van een immanente dreiging alleen zelfverdediging oplevert, wanneer dat geloof onderbouwd wordt door goede redenen. De Engelse standaard zou die goede redenen niet vereisen. Daardoor was volgens klaagster een gedegen onderzoek naar de dood van De Menezes niet mogelijk (par. 190 e.v.). Ook de Equality and Human Rights Commission ('EHRC'), een op basis van de Equality Act 2006 ingestelde niet aan een ministerie verbonden publiek lichaam, stelde dat de in het Engelse recht geformuleerde standaard niet in overeenstemming is met art. 2 EVRM (par. 224 e.v.). De standaard was te zwaar, waardoor de mogelijkheden om een zaak voor een rechter en jury te brengen te beperkt waren. Daardoor kon de verantwoordelijkheid voor de dood van De Menezes niet afdoende worden vastgesteld, hetgeen volgens de EHRC in strijd zou zijn met art. 2 EVRM.

4. De klacht was volgens het Hof, meer in het bijzonder de Grote Kamer van het Hof, beperkt tot een onderdeel van de procedurele eisen waaraan verdragsluitende partijen in het kader van art. 2 EVRM hebben te voldoen. Art. 2 EVRM omvat een positieve verplichting tot effectief onderzoek naar gevallen waarin ambtenaren (zoals politieambtenaren) iemand hebben gedood. Die positieve verplichting heeft het Hof door de jaren heen in verschillende uitspraken ontwikkeld. In een, wat je zou kunnen noemen, overzichtsarrest uit 2011 werden de eisen die het Hof in de loop der jaren heeft ontwikkeld reeds bij elkaar gebracht (*Giuliani en Gaggio t. Italië*, EHRM 24 maart 2011, nr. 23458/02, «EHRC» 2011/87). In het onderhavige arrest worden deze eisen bijna woordelijk herhaald (zie par. 229-238 in het onderhavige arrest ten opzichte van par. 298-306 in het eerdere arrest). Het Hof vat de eisen in par. 240 als volgt samen. Het onderzoek moet effectief zijn, zijn uitgevoerd door personen onafhankelijk van de personen naar wie onderzoek wordt verricht, het onderzoek moet adequaat zijn, zijn conclusies gebaseerd op een diepgravende, objectieve en onpartijdige analyse van alle relevante elementen in een zaak, het moet voldoende toegankelijk zijn

voor de familie van het slachtoffer, het publiek moet er kennis van kunnen nemen en het moet voortvarend ('prompt and with reasonable expedition') ter hand genomen zijn. Ten aanzien van verschillende onderdelen van deze eisen, was de klacht in de onderhavige zaak niet gericht. Volgens het Hof zag de klacht slechts op een bepaald onderdeel van het effectiviteitsvereiste, namelijk de vraag of het onderzoek adequaat was uitgevoerd (par. 233). Dat wordt volgens het Hof bepaald aan de hand van twee voorwaarden namelijk a) dat uit het onderzoek moet kunnen worden afgeleid of het gebruikte geweld in de vastgestelde omstandigheden gerechtvaardigd was en b) welke personen verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor de dood van het slachtoffer en eventueel daarvoor zouden kunnen worden gestraft. Het Hof voegt hieraan toe dat er geen resultaatsverplichting is, maar een inspanningsverplichting (par. 233, 242). Beide onderdelen worden hierna uitgewerkt: onderdeel a) in de nrs. 5-8 en onderdeel b) in de nrs. 9-11.

5. Onderdeel a) verwijst naar de rechtmatigheid van het gebruikte geweld en daarmee naar een onderdeel van het substantiële aspect van art. 2 EVRM. Om te kunnen bepalen of een verdragsluitende partij heeft voldaan aan onderdeel a) moet volgens het Hof ook worden bezien of de juiste inhoudelijke maatstaf is aangelegd. De maatstaf die het Hof voor bepaalde gevallen hanteert is al sinds jaar en dag dezelfde en luidt: 'the use of force by agents of the State in pursuit of one of the aims delineated in paragraph 2 of Article 2 of the Convention may be justified under this provision where it is based on an honest belief which is perceived, for good reasons, to be valid at the time but which subsequently turns out to be mistaken. To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the State and its law-enforcement personnel in the execution of their duty, perhaps to the detriment of their lives and those of others' (*McCann e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 september 1995 (GK), nr. 18984/91, Series A no. 324, par. 200). Deze standaard bevat een aantal onderdelen. Ten eerste is het geweld slechts gerechtvaardigd wanneer daarmee de voorwaarden, als omschreven in art. 2 lid 2 EVRM, worden nagestreefd. Daaronder valt de verdediging 'tegen onrechtmatig geweld' (sub a), maar ook het bewerkstelligen van een 'rechtmatige arrestatie' (sub b). Ten tweede is de maatstaf niet uitputtend. De maatstaf vormt in

feite de ondergrens van wat volgens het Hof nog als rechtmatig geweld mag worden beschouwd. Die ondergrens is dus dat ook dat geweld gerechtvaardigd is wanneer dat is gebaseerd op een 'eerlijke overtuiging' die achteraf verkeerd bleek te zijn. De ondergrens betreft dus de dwaling. De term eerlijk wijst erop dat niet elke overtuiging tot de conclusie mag leiden dat het geweld rechtmatig was. Het Hof wijst er, ten derde, in zijn overweging namelijk op dat die overtuiging op basis van goede redenen mag worden aangenomen te kloppen ten tijde van de gedragingen. De vraag die in de onderhavige zaak centraal stond, was op basis waarvan die goede redenen moeten worden vastgesteld: op basis van een objectieve standaard van redelijkheid, zoals klaagster en de EHRC stellen, en dus op basis van een gemiddelde rechtsgenoot, maatman of criteriumfiguur (in de termen van het Hof een 'detached observer' (par. 245)), of op basis van een subjectieve standaard van redelijkheid. Het Hof koos voor de laatste. Daarbij wijst het Hof erop dat uit eerdere rechtspraak geen aanwijzingen voor een objectieve standaard van redelijkheid kunnen worden afgeleid, eerder het omgekeerde. Het Hof probeert zich in de positie van de politieambtenaar te verplaatsen, niet alleen bij het beantwoorden van de vraag of hij een eerlijke overtuiging bezat, maar ook in het bepalen van de noodzakelijkheid van het door hem toegepaste geweld (par. 244-245, onder verwijzing naar onder andere *Bubbins t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 maart 2005, nr. 50196/99, par. 139; *Makaratzis t. Griekenland*, EHRM 20 december 2004 (GK), nr. 50385/99, «EHRC» 2005/23 m.nt. De Jonge, par. 65-66).

6. Wat valt over de door het Hof gehanteerde redelijkheid te zeggen? Voorop moet worden gesteld dat in het hierboven weergegeven citaat uit het arrest in de *McCann*-zaak de term redelijkheid niet voorkomt. Wel zien we 'goede redenen' staan, die verwijzen naar de eerlijkheid van de overtuiging waarvan werd gedacht dat die juist was. Als 'goede redenen' en 'redelijkheid' hetzelfde betekenen (en daar lijkt het wel op), dan valt op grond van het voorgaande te begrijpen waarom volgens het Hof redelijkheid als een 'relevante factor' wordt beschouwd bij het beantwoorden van de vraag of de overtuiging eerlijk (en oprecht) was (par. 246). Daaruit volgt namelijk dat wanneer eerlijkheid op goede gronden (in redelijkheid) kon worden aangenomen, bij redelijkheid niet meer apart hoeft te worden stilgestaan. Het ge-

bruik van geweld kan op grond hiervan op basis van goede redenen een eerlijke overtuiging opleveren, maar desalniettemin in strijd zijn met art. 2 EVRM (par. 247). De goede redenen zijn subjectief goede redenen. Daarmee bedoelt het Hof niet dat als de politieambtenaar meent goede redenen aan te voeren, daarvan zonder twijfel moet worden uitgegaan. Het Hof stelt namelijk ook dat volledig rekening moet worden gehouden met de omstandigheden van het geval, zoals deze bekend waren ten tijde van de gedragingen. Het Hof hanteert een subjectieve toetsing *ex tunc*, waarbij de mogelijkheid bestaat dat, ook al meende de politieambtenaar met goede redenen tot het plegen van geweld te moeten overgaan, die goede redenen op basis van de vastgestelde feiten niet kunnen worden aangenomen zodat in dat geval kan worden aangenomen dat deze in strijd met art. 2 EVRM heeft gehandeld (par. 248). *In casu* was daarvan volgens de meerderheid van het Hof geen sprake. De in het Engelse recht en door de Engelse autoriteiten gehanteerde standaard kon de toets der kritiek doorstaan. Het onderzoek was volgens het Hof grondig geweest. Op basis van dat onderzoek konden de Engelse autoriteiten aannemen dat De Menezes als gevolg van putatief noodweer van het leven was beroofd (par. 252-256).

7. De overwegingen van het Hof komen niet onverwacht. In eerdere rechtspraak wees het Hof er al op dat ook gevallen van dwaling onder de reikwijdte van het Verdrag vallen, terwijl het Hof inderdaad nooit met zoveel woorden een objectieve beoordeling heeft voorgestaan. Het arrest leidt wel tot verschillende vragen. Ik zal er maar één behandelen. Geldt de hier geformuleerde maatstaf voor alle gevallen van art. 2 lid 2 EVRM of alleen voor de gevallen waarin sprake was van dwaling? Hiervoor werd aangegeven dat de standaard die het Hof hanteert als ondergrens geldt. Ook bij vergissing gepleegd geweld kan zijn gerechtvaardigd (par. 244). Rechtvaardiging moet hier niet in materieel-strafrechtelijke termen worden bezien, maar in de zin dat het aannemen van dwaling door nationale autoriteiten niet tot schending van art. 2 EVRM hoeft te leiden. Dat betekent dat fouten die bij een arrestatie (art. 2 lid 2, sub b EVRM) of bij de inschatting of er sprake is van zelfverdediging (art. 2 lid 2, sub a EVRM) zijn gemaakt niet automatisch aan een politieambtenaar hoeven worden tegengeworpen. Het Hof wekt de suggestie dat putatief noodweer (oftewel

dwaling ten aanzien van noodweer) een vorm van noodweer is. Als dat het geval is, dan brengt ons dat tot de vraag of de maatstaf die het Hof bij dwaling heeft aangelegd ook voor de gewone noodweer en rechtmatige arrestatie geldt. Het heeft er veel van weg dat dit het geval is. De 'goede redenen' lijken namelijk ook te zien op de vraag of er een aanval was waartegen men zich verdedigde (par. 247, waarbij onder meer wordt verwezen naar *Suleymanova t. Rusland*, EHRM 12 mei 2010, nr. 9191/06, par. 85 waarin het Hof oordeelde dat onduidelijk was gebleven of de militairen 'at risk' waren te worden aangevallen). Als 's Hof's overwegingen zo moeten worden gelezen, geldt de subjectieve beoordeling niet alleen in geval van dwaling, maar ook bij zelfverdediging en tijdens een arrestatie. Is dat heel vreemd? Als we allerlei dogmatische kanttekeningen even laten voor wat ze zijn (het Hof gooit noodweer en putatief noodweer wat al te makkelijk op één hoop, zoals ook de dissenters Karakaş, Wojtyczek en Dedov constateren, zie het volgende randnummer), spreekt de eenvoud van de door het Hof ontwikkelde maatstaf aan. Wat vooral aanspreekt is dat het Hof de nationale autoriteiten dwingt bij hun beoordeling rekening te houden met alle omstandigheden zoals zij *ten tijde* van de gebeurtenissen bekend waren. Die omstandigheden zijn lang niet altijd in het voordeel van de politieambtenaar. Hoewel het Hof, anders dan in andere zaken (bijv. *Giuliano en Gaggio*, par. 154) en anders dan de dissenters Karakaş, Wojtyczek en Dedov in deze zaak, niet verwijst naar de Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials van de Verenigde Naties, ligt het niet voor de hand dat die uitgangspunten met dit arrest zijn verlaten. Dat betekent dat eisen van opleiding en training en de beperkingen die worden gesteld aan het gebruik van vuurwapens (art. 3 van de Basic Principles) met betrekking tot het gebruik van geweld onverkort gelden. Dit zijn namelijk omstandigheden die ten tijde van de gedragingen bekend waren en om die reden zouden mogen worden betrokken bij het antwoord op de vraag of er 'goede redenen' waren voor het gebruik van geweld. Kennelijk mogen deze beginselen niet worden gebruikt in de trant van: 'van een gemiddelde agent wordt zus en zo verwacht, dus van deze agent ook'. Het hanteren van een subjectieve redelijkheidstoets lijkt mij er niet aan in de weg te staan algemene geschreven en ongegeschreven voorwaarden waaraan politieambtenaren

zich hebben te houden in de uitoefening van hun taak bij de beoordeling in een concrete zaak te betrekken, mits de concrete feiten en omstandigheden waaronder de betrokken politieambtenaar handelde voorop staan (de Hoge Raad lijkt in HR 26 mei 2015, *NJ* 2015/271 hieraan te voldoen nu hij slechts overwoog dat de feitenrechter aan het beroep, opleiding en training van de politieambtenaar 'betekenis mocht toekennen'). Het oordeel van het Hof zou gelet op het voorgaande ook kunnen worden gezien als een aanwijzing welke motivering door een justitiële autoriteit bij de beoordeling van het geweld niet door de beugel kan. Dat past bij het gegeven dat het in deze zaak volgens het Hof niet ging om het materiële aspect, maar om het procedurele aspect van art. 2 EVRM. De overwegingen van het Hof komen er dan op neer dat uit dit arrest kan worden afgeleid dat standaardoverwegingen bij de beoordeling van een beroep op noodweer en putatief noodweer door politieambtenaren voortaan uit den boze zijn.

8. Hoewel ik sympathie kan opbrengen voor de uitspraak van het Hof, voor zover daarin vooral een eis van deugdelijke motivering moet worden gelezen, begrijp ik de kritiek van de dissenters Karakaş, Wojtyczek en Dedov die erop wijzen dat het Hof het materiële recht wat te weinig dogmatisch benadert, met nadelige gevolgen voor mogelijke aansprakelijkheid tot gevolg. Ook de *dissenting opinion* van rechter López Guerra houdt verband met de wijze waarop het Hof het materiële recht toepast. Hem gaat het vooral om de relatie tussen aansprakelijkheid van rechtspersonen (i.c. werd de Londense politie als rechtspersoon veroordeeld wegens overtreding van de Health and Safety at Work etc. Act 1974) in relatie tot aansprakelijkheid van natuurlijke personen die ten behoeve van de rechtspersoon werkzaam zijn. Volgens hem was het onbegrijpelijk dat de rechtspersoon wel was veroordeeld, om vervolgens de ten behoeve van die rechtspersoon werkzame natuurlijke personen niet strafrechtelijk te vervolgen. Dit interessante punt (vgl. HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1387) moet ik omwille van de omvang van deze annotatie laten liggen. Ik beperk mij verder tot de eerste *dissenting opinion*. Karakaş, Wojtyczek en Dedov stellen dat de in randnummer 5 geciteerde standaard uit het arrest *McCann e.a.* bestaat uit twee cumulatieve voorwaarden: een error facti en objectieve gronden die deze fout rechtvaardigen. Volgens de dissen-

ters zou in het arrest de tweede (objectieve) voorwaarde ondergeschikt zijn gesteld aan de eerste (subjectieve) voorwaarde (par. 5). Door dit arrest zou volgens de dissenters niet hoeven te worden onderzocht of de error facti gerechtvaardigd waren, terwijl de uit het internationale recht voortvloeiende eisen dat het gebruik van geweld gepaard moet gaan met 'the utmost care in preparing operations which may potentially entail the use of force' volgens de dissenters aan de basis zou moeten liggen van het oordeel of het gebruikte geweld ondanks deze dwaling redelijk was (par. 6). Zonder een objectieve beoordeling of de dwaling redelijk was, bestaat volgens hen de kans dat een beroep op putatief noodweer ertoe leidt dat veroordeling wegens dood door schuld onmogelijk wordt. Daar hebben de dissenters grote moeite mee (par. 5). Ik vraag mij af of de uitspraak van het Hof zo moet worden gelezen. Vooralsnog meen ik dat een subjectieve toetsing *ex tunc* waarbij alle omstandigheden van het geval moeten worden betrokken, voldoende waarborgen biedt tegen immuniteit van politieambtenaren die een onjuiste inschatting hebben gemaakt. Wanneer de uitspraak van het Hof zo wordt gelezen dat rekening moet worden gehouden met de omstandigheden zoals deze zich ten tijde van de gebeurtenissen voordeden, ontslaat dat de justitiële autoriteiten er niet van rekening te houden met opleiding en training en met de (internationale) standaarden waaraan politieel (vuurwapen)geweld moet voldoen. Nieuwe rechtspraak zal moeten worden afgewacht hoe het Hof de in dit arrest gemaakte keuzes uitwerkt.

9. Bij de beoordeling van onderdeel b) stelt het Hof voorop dat, hoewel levensdelicten niet onbestraft mogen blijven, het geen automatisme mag zijn elk levensdelict te bestraffen. Het Hof noemt de positieve verplichting onder art. 2 EVRM een inspanningsverplichting. Vanuit continentaal dogmatisch oogpunt zou iets anders ook moeilijk denkbaar zijn, nu daarin ruimte wordt erkend voor verschillende typen uitsluitingsgronden die ertoe kunnen leiden dat geen strafrechtelijke sanctie wordt opgelegd, ook al kan het bewezen-verklaarde feit als strafbaar feit worden gekwalificeerd. Ook uit het EVRM zelf kan worden afgeleid dat het automatisch opleggen van straf in het geval van een levensdelict niet aan de orde is; in dat geval zou lid 2 van art. 2 EVRM een dode letter zijn. Onderdeel b) moet aldus worden gelezen dat door het Hof slechts wordt beoordeeld of en in



hoeverre de nationale autoriteiten het onderzoek hebben verricht conform de vereisten die het Hof uit art. 2 EVRM heeft afgeleid (par. 257). Daarbij wijst het Hof er uitdrukkelijk op dat het terughoudend is om een oordeel te vellen over een vervolgingsbeslissing die genomen is op basis van een eerlijke overtuiging ('good faith') waaraan een effectief onderzoek voorafgegaan is. Dat is slechts anders wanneer sprake is van 'institutionele gebreken' ('institutional deficiencies') in de strafrechtspleging in het algemeen en het Openbaar Ministerie in het bijzonder (par. 261). Het Hof verwijst hierbij naar *Kolevi t. Bulgarije* (EHRM 5 november 2009, nr. 1108/02), maar daarin ging het om een zeer specifiek geval, namelijk een onderzoek naar strafbare feiten die mogelijk waren gepleegd door de hoofdaanklager. In het onderhavige arrest extrapoleert het Hof 'institutionele gebreken' naar andere gevallen waarin door politieambtenaren een burger van het leven werd beroofd (hiernaar werd ook verwezen in de klacht in de zaak die leidde tot *Aslakhanova e.a. t. Rusland*, EHRM 18 december 2012, nrs. 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10, maar in deze zaak deed het Hof niets met dit argument). Van dergelijke gebreken kan volgens het Hof sprake zijn wanneer het praktisch onmogelijk is gebleken om onafhankelijk onderzoek te doen naar de feiten, die daardoor de indruk kunnen wekken dat de Staat onrechtmatige feiten ('unlawful acts') door de vingers ziet (par. 261). Het Hof onderzoekt vervolgens of er sprake is van institutionele gebreken. Zij kunnen zich voordoen bij i) een organisatie (*in casu* het CPS), ii) de gehanteerde standaard om al dan niet te vervolgen en iii) de mogelijkheid van herziening van vervolgingsbeslissingen van het Openbaar Ministerie.

10. Ad i) Volgens het Hof is van institutionele gebreken in ieder geval geen sprake wanneer de vervolgingsbeslissing niet door een rechter, maar door een lid van het Openbaar Ministerie wordt genomen, mits de onafhankelijkheid en objectiviteit daarvan zijn gewaarborgd. Evenmin eist het Hof dat de openbaar aanklager zelf getuigen moet horen voordat hij beslist al dan niet te vervolgen, mits het onderzoek aan de eisen voldoet die het Hof daaraan stelt (par. 262-263). Ad ii) Van institutionele gebreken is volgens het Hof evenmin sprake wanneer het Openbaar Ministerie bij het bepalen al of niet te vervolgen bepaalde voorwaarden hanteert, die (zoals in het geval van Engeland en Wales) de vraag inhouden of een veroordeling

realistisch is en of het algemeen belang vervolging vordert. Daaraan stelt het Hof weliswaar geen harde voorwaarden, maar de omstandigheid dat de Engelse standaard door de beugel kon zou mede te maken kunnen hebben met de omstandigheid dat zij onderwerp is geweest van verschillende herzieningen, waarbij de politiek en het publiek betrokken zijn geweest en voor alle gevallen gelijk is (par. 268). Het Hof opteert niet voor een andere standaard voor politieambtenaren, ook al moet worden voorkomen dat het publiek vertrouwen in de Staat afneemt als gevolg van het gebruik van dodelijk geweld door politieambtenaren. Een andere, lagere standaard weegt volgens het Hof niet op tegen de financiële en emotionele kosten die gepaard gaan met vervolging van politieambtenaren in het geval van te voren al min of meer vaststaat dat de kans op een veroordeling bijzonder laag is (par. 273). Het Hof weegt met betrekking tot de onderhavige zaak mee dat de beslissing niet te vervolgen door een onafhankelijke raad werd beoordeeld, de openbaar aanklager aan de nabestaanden in een schriftelijk stuk moest uitleggen waarom niet werd vervolgd en de mogelijkheid werd geboden voor nadere mondelinge toelichting (par. 274). Hoe zwaar deze omstandigheden meewegen, blijkt niet uit het arrest. Het Hof lijkt deze omstandigheden vooral te noemen ter illustratie van de door de Engelse autoriteiten betachte zorgvuldigheid van de vervolgingsbeslissing in zijn oordeel. Eén en ander neemt niet weg dat de justitiële autoriteiten een grote mate van zorgvuldigheid moeten betrachten bij hun onderzoek naar geweld door politieambtenaren, juist in gevallen waarin mogelijk sprake is van dwaling (in de zin van putatief noodweer). Het had wellicht op de weg van het Hof gelegen wanneer dit punt van zorgvuldige afweging en communicatie met nabestaanden in meer algemene bewoordingen was geformuleerd. Ad iii) Tot slot wijdt het Hof kort enkele woorden aan de mogelijkheid van herziening van vervolgingsbeslissingen. Het Hof is hier vrij terughoudend. Hoewel de mogelijkheid van rechterlijke beoordeling van vervolgingsbeslissingen een bijdrage levert aan de transparantie en het afleggen van verantwoording, verplicht art. 2 EVRM Verdragsstaten niet tot een dergelijke procedure (par. 278). Het Hof ziet geen problemen in de beslissing van de Engelse rechter die in de onderhavige zaak werd gevraagd de vervolgingsbeslissing te beoordelen (par. 280).

11. Twee opmerkingen kunnen bij het voorgaande worden gemaakt. De eis van onpartijdigheid en objectiviteit van het Openbaar Ministerie is van groot belang, zeker nu – in Nederland – het Openbaar Ministerie (mede) het gezag over de politie uitoefent. Wanneer de lijnen tussen politie en het Openbaar Ministerie kort zijn, kan de druk om niet te vervolgen aanwezig zijn. Dat gaat ten koste van de onpartijdigheid en objectiviteit en dat is in het licht van art. 2 EVRM ongewenst. Om die reden is het aan te bevelen dat onderzoek naar politiegeweld onder leiding van een officier van justitie plaatsvindt die niet zetelt in de politie-regio waar het geweld heeft plaatsgevonden. Hiermee wordt in Nederland al geëxperimenteerd en voor zover dit nog geen standaard is, valt dit wel te overwegen. Een ander aspect is dat het Hof te spreken was over de verschillende (onafhankelijke) instanties die in Engeland betrokken waren bij de afweging om al dan niet te gaan vervolgen. In Nederland wordt bij dodelijk vuurwapengeweld het onderzoek uitgevoerd door de rijksrecherche. Bij de beslissing om te gaan vervolgen is ook de Adviescommissie vuurwapengeweld betrokken, terwijl binnen het Openbaar Ministerie in zogeheven reflectiekamers door personen met verschillende achtergronden (binnen en buiten het Openbaar Ministerie) met de zaaksofficier(en) (of zaaksadvoca(a)t(en)-generaal indringend over casus wordt gesproken. Met het arrest in de hand bestaat er wellicht aanleiding na te denken of het advies in en de reflectie over een concrete zaak een meer zichtbare plaats verdienen. Bij de herziening van de regelingen aangaande politiegeweld (*Kamerstukken II* 2015/16, 29 628, nr. 588) verdient dit punt aandacht.

J.M. ten Voorde  
Werkzaam aan de Universiteit Leiden en de  
Rijksuniversiteit Groningen

## 163

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
31 maart 2016, nr. 30808/11  
(Nußberger (President), Yudkivska, Møse,  
Potocki, Grozev, Ranzoni, Mits)  
Noot K. Lindenberg onder «EHRC» 2016/175

**Recht op respect voor privé- en gezinsleven.  
Positieve verplichtingen. Zorgvuldigheid on-  
derzoek seksueel misbruik.**

[EVRM art. 8]

*De drie klagsters waren alle drie minderjarig toen zij een intensieve vijfkamptraining volgden bij trainer O.B. Zij klagen over seksueel misbruik door O.B., doordat deze hen heeft gevraagd na het sporten naakt naar de sauna te gaan en hen ook naakt heeft gemasseerd; een van hen heeft gevraagd om tijdens een reis naar een sportwedstrijd in één bed met hem te slapen; en regelmatig de kleedkamer binnenkwam terwijl de drie ontkleed waren. Volgens O.B. heeft hij de klagsters nooit ergens toe gedwongen en ging het om onschuldige kwesties. Naar aanleiding van de klachten is een strafrechtelijk onderzoek ingesteld waarbij tal van getuigen zijn ondervraagd. Daarna is echter niet tot vervolging overgegaan, omdat niet voldoende bewijs bestond om dat te kunnen rechtvaardigen. Dat oordeel bleef in hogere beroepen steeds in stand. Vervolgens hebben klagsters nog een civiele procedure ingesteld tegen klager (waarvan het Hof aanvankelijk niet op de hoogte was gesteld), en daarbij zijn zij in het gelijk gesteld, in die zin, dat volgens de rechter O.B. misbruik had gemaakt van zijn positie en van de kwetsbaarheid van de klagsters. Het Hof ziet het informatiegebrek niet als misbruik van procesrecht, al was het fraaier geweest als de informatie volledig was geweest, omdat de klacht primair is gericht op de volwaardigheid van het strafrechtelijk onderzoek in het licht van art. 8 EVRM. Daarbij herhaalt het Hof met name de Söderman-criteria en geeft het aan dat het allereerst moet onderzoeken of art. 8 EVRM van toepassing is, en daarna of een civiele procedure voldoende kan worden gevonden bij het bieden van rechtsherstel daarbij (Söderman t. Zweden, EHRM 12 november 2013 (GK), nr. 5786/08, «EHRC» 2014/36 m.nt. Lindenberg). Ten aanzien van het bezoeken van de kleedkamer en het verzoek om in één bed te slapen is het Hof van oordeel dat geen sprake was van een dusdanige*

*ernst dat een strafvervolgung had moeten worden ingesteld. Bij de saanakwestie is sprake van een andere situatie, ook al gelet op de gezagspositie van O.B. en de kwetsbaarheid van de kinderen vanwege hun jeugdigheid. Het Hof merkt echter ook op dat meteen na de aangifte een strafrechtelijk onderzoek is ingesteld dat in zijn algemeenheid voldoende zorgvuldig is geweest. In dat licht kan ook op dit punt geen schending van art. 8 EVRM worden geconstateerd.*

A, B en C  
tegen  
Letland

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

Noot K. Lindenberg onder «EHRC» 2016/175.

## 164

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
12 april 2016, nr. 12060/12  
(Sajó (President), De Gaetano, Tsotsoria,  
Wojtyczek, Kūris, Motoc, Kucsko-Stadlmayer)  
Noot K. Henrard onder «EHRC» 2016/165

**Homofob geweld. Gay pride. Bijzondere  
onderzoeksplicht naar discriminatoire motiva-  
tie ook bij aanwijzingen van homofob ge-  
weld. Grondslag van bijzondere onderzoeks-  
plicht. Institutionele vooroordelen en discrimi-  
natie.**

[EVRM art. 3, 8, 14]

*Klagers worden na deelname aan de Gay Pride in Boekarest in de metro aangevallen en beledigd door een aantal jongeren. Hun klacht over mishandeling wegens hun seksuele oriëntatie werd pas verschillende jaren later serieus in behandeling genomen. De politie besloot uiteindelijk dat het niet zou lukken een strafvervolgung in te stellen. M.C. en A.C. klagen bij het EHRM over een schending van art. 3, 6, 8, 14 EVRM en art. 1 Protocol 12 wegens het gebrekkig onderzoek door de politie en de onvoldoende bescherming tegen 'hate crimes' ten aanzien van leden van de LGBT-minderheid. Ze klagen ook over een schending van art. 11 in combinatie met art. 14 EVRM wegens gebrekkig onderzoek naar de mishandelingen die ze*

*hadden opgelopen naar aanleiding van hun deelname aan de Gay Pride. Tenslotte klagen ze over een schending van art. 13 EVRM omdat ze geen toegang hadden tot een effectief rechtsmiddel om te klagen over de homofobe motivatie van de door hen ondergane mishandelingen.*

*Het Hof aanvaardt de excepties van niet-ontvankelijkheid van de regering niet. De beschikbare en effectieve nationale rechtsmiddelen waren volgens het Hof uitgeput. Bovendien hebben de klagers binnen de zes maanden na de datum van de finale nationale beslissing hun klacht ingediend bij het EHRM.*

*Het Hof aanvaardt dat de emotionele stress die de klagers hebben meegemaakt bij de mishandelingen wegens hun seksuele geaardheid voldoende serieus was om te voldoen aan de drempelvereiste van art. 3 EVRM. Het Hof identificeert verschillende tekortkomingen in het onderzoek door de politie, zowel voor wat betreft de voortgang als de bewijzen die werden verzameld. De overheid zou ook niet alle redelijke stappen hebben ondernomen om mogelijke homofobe motieven te achterhalen van de aanval. Het Hof stelt dan ook een schending vast van de procedurele dimensie van art. 3 in combinatie met art. 14 EVRM.*

*Na het vaststellen van deze schending oordeelt het Hof dat het niet nodig is de overige discriminatieklacht te onderzoeken. Het is evenmin nodig de klachten te onderzoeken in het kader van art. 11, 13 en 14 EVRM.*

M.C. en A.C.  
tegen  
Roemenië

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

Noot K. Henrard onder «EHRC» 2016/165.



## 165

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
12 april 2016, 64602/12

(De Gaetano (President), Sajó, Zupančič,  
Tsotsoria, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek,  
Kucsko-Stadlmayer)

Noot prof. dr. K. Henrard, tevens behorend bij  
«EHRC» 2016/160 en «EHRC» 2016/164

**Anti-Romaoptochten. Gewelddadige intimidatie en art. 3 EVRM. Bijzondere onderzoekspllicht naar mogelijke discriminatoire motieven van gewelddadige intimidatie. Grondslag van deze bijzondere onderzoekspllicht. Algemene context van discriminatie en geweld tegen Roma. Positieve overheidspllicht tot bescherming tegen gewelddadige intimidatie en strafrechtelijke sancties. Institutionele vooroordelen en discriminatie.**

[EVRM art. 3, 8, 14]

Klaagster is van Roma-afkomst en woont in een dorp in Hongarije, waar in 2011 gedurende verscheidene dagen anti-Romaoptochten plaatsvonden van extreemrechtse organisaties. Een groepje deelnemers aan die optochten hadden klaagster en haar kind bedreigd en beledigd bij het voorbijlopen van haar huis en tuin. Nationale rechtsmiddelen waren niet effectief ondanks het feit dat de identiteit van de betrokkenen was vastgesteld door de politie. De klacht over gewelddadige intimidatie werd door de politie beëindigd omdat er niet voldoende bewijs zou zijn (van getuigen) dat klaagster individueel werd bedreigd. Het openbaar ministerie had geweigerd om een onderzoek te starten naar 'geweldpleging tegen een lid van een etnische groep' omdat er geen sprake zou zijn van effectief geweld. R.B. klaagt bij het EHRM over een schending van art. 3 EVRM omdat de scheldpartij en bedreigingen die ze had ondergaan onmenselijk en vernederend zouden zijn, terwijl de overheid geen effectief onderzoek zou hebben ondernomen. Ze klaagt ook over het gebrek aan onderzoek naar de mogelijk racistische motivatie van de intimidatie, hetgeen zou neerkomen op een schending van art. 14 in combinatie met art. 3, dan wel schending van art. 8 EVRM. Tenslotte, zou het gebrek aan strafrechtelijk optreden ten aanzien van de anti-Romaoptochten neerkomen op een tekortkoming in de positieve verplichtingen van de staat onder art. 8 EVRM.

Volgens het Hof is de klacht onder art. 3 EVRM niet ontvankelijk omdat de mishandeling niet voldoende ernstig was en art. 3 EVRM derhalve niet toepasbaar. Het Hof aanvaardt wel dat de bedreigingen racistisch gemotiveerd waren maar ze zouden niet kwalificeren als 'vernederend gedrag'. Het Hof oordeelt de klacht onder art. 8 EVRM wel ontvankelijk. Negatieve stereotypering van een groep door privépersonen op grond van etnische identiteit raakt het privéleven van leden van die groep. Een staat heeft de positieve plicht om de nodige maatregelen te treffen om onderdanen te beschermen tegen aantastingen van hun persoonlijke integriteit door privépersonen. De staat heeft een brede appreciatiemarge in de keuze van de middelen in deze. De klacht over het niet inzetten van strafrechtelijke sancties ten aanzien van de demonstranten is dan ook manifest ongegrond.

Het Hof erkent dat ook onder art. 8 EVRM een bijzondere onderzoekspllicht tot het blootleggen van discriminatoire motieven van geweldsmisdrijven bestaat, met name als er sprake is van een patroon van geweld en intolerantie tegen een etnische minderheid. De anti-Roma demonstraties door extreemrechtse groeperingen gaven de overheid voldoende signalen over een mogelijk racistisch motief voor de bedreigingen tegen de klaagster. Omdat de politie geen stappen heeft ondernomen om deze motivatie te identificeren, is er sprake van een schending van de positieve staatsplichten onder art. 8 EVRM.

R.B.  
tegen  
Hongarije

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## NOOT

1. De afgelopen maanden heeft het EHRM verschillende arresten gewezen over de (omvang van de) overheidspllichten ten aanzien van 'geweldsmisdrijven' gepleegd tegen personen die behoren tot een kwetsbare groep die in het betrokken land systematisch worden gediscrimineerd en veelvuldig het slachtoffer zijn van gewelddaden. In deze noot worden drie arresten besproken die allemaal in dit kader passen (en in dit nummer van «EHRC» weergegeven zijn), maar telkens ten aanzien van een andere groep: R.B. t. Hongarije, ten aanzien van Roma's (zie boven); Sakir t. Griekenland (24 maart 2016), ten aanzien van een

asielzoeker in Griekenland en *M.C. en A.C. t. Roemenië* (12 april 2016) ten aanzien van personen die zich identificeren met de LGBT (Lesbian, Gay, Bi-sexual, Transsexual) gemeenschap. Deze drie arresten nodigen uit tot een gecombineerde noot om minstens twee redenen. Enerzijds laat zo'n gecombineerde noot goed toe om ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Hof te bespreken, zowel in positieve als in negatieve zin. Anderzijds laat een gecombineerde noot ook toe (opvallende) verschillen in beoordeling door het Hof in de drie zaken te belichten, en te bespreken.

Centraal in deze noot staan de uitspraken van het Hof over de modaliteiten en evaluatie van de bijzondere onderzoeksplicht van de overheid naar mogelijke discriminatoire motieven voor geweld-daden. Vragen die hier aan bod komen betreffen het 'wanneer' (2-5), ten aanzien van welke (bevolkings)groepen (6-7), in het kader van welke rechten (8-11), op welke grondslag (12-13) en de beoordeling van deze bijzondere onderzoeksplicht (14). Tenslotte wordt in deze noot ook ingegaan op de (exacte) scheidingslijn en relatie tussen (gebreken ten aanzien van) de bijzondere onderzoeksplicht enerzijds en de onthoudingsplicht van de overheid zelf niet te discrimineren anderzijds (15).

2. Ik heb al in eerdere noten aandacht besteed aan de aard en omvang van de aanwijzingen die nodig zouden zijn om de bijzondere onderzoeksplicht naar discriminatoire motivering van geweld-daden te doen ontstaan. Een bespreking van deze 'wanneer' vraag was met name relevant bij de bespreking van het *Mižigárová*-arrest omdat het Hof zelf daar toen een uitvoerige analyse van had gemaakt, omwille van de afwezigheid van casus-specifieke aanwijzingen (K. Henrard, noot bij *Milanović t. Servië*, EHRM 14 december 2010, nr. 44614, «EHRC» 2011/39 en *Mižigárová t. Slowakije*, 14 december 2010, nr. 74832/01, «EHRC» 2011/37). In het arrest over bedreigingen en geweld tegen deelnemers aan een Gay Pride (*M.C en A.C*) lijkt het Hof in eerste instantie de bijzondere onderzoeksplicht te zien als een aspect van de onderzoeksplicht van de overheid ten aanzien van elk gewelddadig incident. Het Hof stelt inderdaad 'when investigating violent incidents, such as ill-treatment, State authorities have a duty to take all reasonable steps to uncover any possibly discriminatory motives...' (par 113). Bij de toepassing op de feiten van het geval gaat het Hof toch weer terug naar de 'traditionele' combinatie van

informatie over een breder probleem van geweld tegen een bepaalde groep en casus-specifieke aanwijzingen over hate speech: 'the necessity of conducting a meaningful inquiry into the possibility of discrimination motivating the attack was indispensable given the hostility against the LGBT community in the respondent State, and in the light of the applicant's submissions that hate speech, that was clearly homophobic, had been uttered by the assailants during the incident' (par 124). Hoewel het Hof in *M.C en A.C* dus duidelijk het structurele probleem combineert met casus-specifieke aanwijzingen, lijkt het Hof in deze zaak te vertrekken vanuit het structurele probleem.

3. In de zaak met betrekking tot de Roma (*R.B.*) daarentegen noemt het Hof als reden voor de bijzondere onderzoeksplicht dat het individuele slachtoffer 'makes credible assertions that he or she has been subjected to harassment motivated by racism' (par 84). Het Hof benoemt vervolgens bewijs van een structureel probleem als reden om de overheidsplichten in deze verder aan te scherpen: 'in situations where there is evidence of patterns of violence and intolerance against an ethnic minority, the positive obligations incumbent require a higher standard of States to respond to alleged bias-motivated incidents' (*ibid.*). Hoewel het Hof ook hier de combinatie van structurele en casus-specifieke aanwijzingen noemt, ligt het accent om de bijzondere onderzoeksplicht te erkennen duidelijk bij de casus-specifieke klachten.

4. De argumentatie van het Hof in het arrest over de asielzoeker die belaagd en bedreigd werd (*Sakir*) is minstens bijzonder te noemen. Hoewel het Hof verschillende keren melding maakt van verdenkingen van racistische motivatie van de geweld-daden ('lorsqu'on soupçonne que des attitudes racistes sont à l'origine d'un acte de violence... : par 64), benoemt het als gevolg hiervan enkel de plicht om het officieel onderzoek 'voortvarend en onafhankelijk te verrichten ('il importe particulièrement que l'enquête officielle soit menée avec diligence et impartialité': *ibid.*). Het Hof maakt ook bij de daarop volgende reeks gedetailleerde kritiekpunten op het gevoerde onderzoek op geen enkel moment expliciet melding van de bijzondere onderzoeksplicht van de overheid naar discriminatoire motivatie van geweld-daden, en formuleert dus geen kritiek over het nalaten van een onderzoek naar een mogelijke discriminatoire motivatie. Bij nader inzien zou men toch dergelijke kritiek

impliciet kunnen waarnemen, meer bepaald bij het samenlezen van par. 70 tot 72. Het Hof wijst hier immers op het belang van de algemene context van gedocumenteerd racistisch geweld in de regio van Athene, evenals de serieuze nalatigheden van de politie om deze gewelddaden te stoppen, dan wel te onderzoeken (par 70-71). Het Hof bekritiseert vervolgens dat de politie, ondanks de racistische karakteristieken van de aanval ten aanzien van *Sakir*, volledig nagelaten heeft om deze casus in de bredere context te plaatsen (par 72).

5. Als men de drie hier besproken arresten naast elkaar legt, dan lijkt het Hof bij voorkeur een combinatie van casus-specifieke en meer structurele aanwijzingen van discriminatie te noemen om de bijzondere onderzoeksplicht te erkennen. Afgezien van de volgorde waarin deze twee soorten aanwijzingen worden genoemd, lijkt het Hof toch steeds meer aandacht te hebben voor de bredere, structurele problematiek, zo ook in het *Sakir*-arrest. Hoewel het gebrek aan het expliciet noemen van de bijzondere onderzoeksplicht in *Sakir* betreutswaardig blijft, lijkt het Hof ook in deze zaak impliciet te wijzen op een overheidsplicht om een discriminatoire motivatie van geweldsmisdrijven bloot te leggen als er aanwijzingen zijn dat discriminatie een rol heeft gespeeld.

6. Het Hof had de bijzondere onderzoeksplicht naar discriminatoire motivatie voor geweldsmisdrijven voor het eerst geïdentificeerd in zaken ten aanzien van Roma met betrekking tot art. 2 EVRM (*Nachova t. Bulgarije*, EHRM 6 juli 2005 (GK), nrs. 43577/98 en 43579/98, «EHRC» 2005/97 m.nt. Henrard), en later doorgetrokken naar Art. 3 EVRM (*Bekos en Koutropoulos t. Griekenland*, EHRM 13 december 2005, nr. 15250/02, zie ook beneden). In 2010 is deze bijzondere onderzoeksplicht ook geïdentificeerd bij geweldsmisdrijven met mogelijke religieuze discriminatie als motivatie (*Milanović t. Servië*, EHRM 14 december 2010, nr. 44614/07, «EHRC» 2011/39 m.nt. Henrard). De verschillende etnische groepen die bij gewelddaden succesvol beroep hebben gedaan op de bijzondere onderzoeksplicht van de overheid naar mogelijke discriminatoire motivatie is ook gestaag en in alle vanzelfsprekendheid uitgebreid naar Tsjetsjenen (*Makhashev t. Rusland*, EHRM 31 juli 2012, nr. 20546/07, «EHRC» 2012/215 m.nt. Henrard) en ook naar groepen

migranten (*Abdu t. Bulgarije*, EHRM 11 maart 2014, nr. 26827/08, «EHRC» 2014/122 m.nt. Henrard).

Het besproken *M.C. en A.C.*-arrest zet deze gestage uitbreiding verder, door het ook toe te passen ten aanzien van de LGBT-gemeenschap (dus ten aanzien van homofoob geweld). Het was reeds opgemerkt dat het Hof in *Sakir* op onverklaarbare wijze geen expliciete melding maakt van de bijzondere onderzoeksplicht, terwijl het Hof verschillende keren benadrukt dat er in de zaak duidelijke aanwijzingen zijn voor racistisch geweld. Echter, de kritiek van het Hof ten aanzien van het gebrek in de *Sakir*-zaak om het onderzoek naar het concrete incident in de bredere context van discriminatoir geweld te plaatsen, herstelt deze lacune minstens impliciet.

7. De gestage uitbreiding van gronden van onderscheid waar deze bijzondere onderzoeksplicht kan aanhaken gebeurt als vanzelfsprekend, in de zin dat het Hof er bij elke uitbreiding eigenlijk weinig woorden aan vuil maakt. Het is dan ook opvallend dat het Hof deze stap niet zo expliciet heeft gezet ten aanzien van asielzoekers. Asielzoekers als groep lijken inderdaad naadloos aan te sluiten bij de overige kwetsbare groepen met een geschiedenis van wijdverspreide discriminatie (zie ook A. Timmer en L. Peroni, 'Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law', *ICON* 2013, 1067-1069), ten aanzien waarvan het Hof deze bijzondere onderzoeksplicht naar discriminatoire motivatie bij geweldsmisdrijven heeft erkend. Het expliciet maken van een bijzondere onderzoeksplicht naar geweldsmisdrijven met discriminatoire motivatie is belangrijk omdat het markeert dat geweld op die grondslag bijzondere aandacht verdient van de overheid, die het nodige moet ondernemen om de onderdanen te beschermen tegen dergelijk geweld.

Het ligt in de lijn der verwachtingen dat het Hof deze bijzondere onderzoeksplicht zal uitbreiden naar alle mogelijke gronden van discriminatie, in ieder geval al diegene die in theorie als 'verdacht' zouden kunnen worden beschouwd. Inderdaad, een geschiedenis van discriminatie is steevast één van de criteria die worden genoemd als relevant voor de identificatie van verdachte gronden van onderscheid.

8. De welwillende uitbreiding van de bijzondere onderzoeksplicht door het Hof heeft ook betrekking op het aantal rechten waaraan deze plicht

gekoppeld wordt. Het voorgaande nummer gaf al aan dat het Hof deze bijzondere onderzoeksplicht eerst aan art. 2 EVRM had gekoppeld, en dus bij geweld dat dodelijk was dan wel had kunnen zijn. Vervolgens werd het uitgebreid naar art. 3 EVRM, voor andere gewelddaden die voldoende serieus zijn om de drempel van art. 3's verbod van foltering, onmenselijke en vernederende behandeling, te overschrijden (zie verwijzingen boven). In de zaak *R.B. t. Hongarije* heeft het Hof deze stap gezet ten aanzien van *gewelddadige intimidatie*, meer bepaald op basis van art. 8 EVRM. In *R.B.* kwam het inderdaad niet tot effectief geweld tegen een Romamoeder en haar kind, maar deze werden in de context van een meerdaagse anti-Roma optocht door extreemrechtse organisaties, beschimpt en bedreigd door een groep betogers terwijl ze in hun eigen tuin stonden. Volgens het Hof zou deze vorm van gewelddadige intimidatie niet de drempelvereiste van art. 3 EVRM halen. Het Hof erkent weliswaar dat art. 3 EVRM ook toepasselijk kan zijn als er geen fysieke verwondingen zijn gevallen, maar wel psychologische stress die gevoelens van angst en minderwaardigheid creëren met een vernederend effect (par 43). Het Hof bevestigt evenzeer dat in bepaalde omstandigheden ook raciale discriminatie door privépersonen kan neerkomen op vernederende behandeling in strijd met art. 3 EVRM in de zin dat door de discriminatoire motivatie de drempelvereiste van art. 3 EVRM makkelijker wordt gehaald (par 45). Hoewel het Hof aanvaardt dat *in casu* de handelingen van de betogers inderdaad door racisme waren gekleurd, zou de impact op de klagers niet de drempelvereiste van art. 3 EVRM halen. Het Hof stelt in dit opzicht dat de ervaringen van klagster niet te vergelijken zijn met een andere zaak waar kinderen en ouders verschillende maanden werden blootgesteld aan veel heftigere bedreigingen en scheldpartijen (par 48). Bovendien wijst het Hof op de aanwezigheid *in casu* van politie die de optochten monitorde. Volgens het Hof zouden de bedreigingen en scheldpartij ten aanzien van klagster en haar dochter niet zo ernstig zijn 'as to cause the kind of fear, anguish, or feelings of inferiority that are necessary for article 3 to come into play' (par 51).

9. Het Hof hanteert de aloude criteria over vernederende behandeling, maar de beoordeling van de feiten in de zaak over het homofob geweld en die in de Romazaak over gewelddadige intimidatie lijken niet op dezelfde schaal te gebeuren. In *M.C.*

en *A.C.* is er weliswaar ook sprake van fysiek geweld, naast het schelden en bedreigen, en het Hof aanvaardt daar wel dat deze 'must necessarily have aroused in them feelings of fear, anguish and insecurity ... and reached the requisite threshold of severity to fall within the ambit of Article 3...' (par 119). Ik vraag me toch af of het Hof de feiten in *R.B.* niet te makkelijk als niet ernstig genoeg heeft afgewimpeld. De beoordeling van feiten in het licht van art. 3 EVRM hangt immers ook af van de leeftijd van de betrokkenen en in *R.B.* ging het niet enkel om de moeder maar ook om haar dochtertje. Het maakt ongetwijfeld een diepe indruk op een kind, als een groep mannen scheldend en bedreigingen schreeuwend langs diens huis en tuin lopen, zeker als er ook met een bijl gezwaaid wordt. Meer algemeen leiden dergelijke acties zeker ook voor de moeder van dat kind tot diepe gevoelens van onzekerheid, onveiligheid en aantasting van de eigenwaarde. Het Hof erkent zelf, in het kader van de analyse onder art. 8 EVRM, dat de klagster zich getraumatiseerd voelde (par 80).

10. De jurisprudentie van het EHRM had al eerder duidelijk gemaakt dat als een bepaalde aantasting van de fysieke dan wel psychische identiteit niet de drempel van art. 3 EVRM haalt, dit toch zou kunnen vallen in het toepassingsgebied van art. 8 EVRM, meer bepaald 'if the effects on the applicant's physical and moral integrity are sufficiently adverse' (herhaald in *R.B.*, par 79). *In casu* aanvaardt het Hof dat art. 8 EVRM toepasselijk is, meer bepaald op gewelddadige intimidatie die gepaard gaat met negatieve stereotypering van een groep. Inderdaad, het Hof stelt 'any negative stereotyping of a group when it reaches a certain level, is capable of impacting on the group's sense of identity and the feelings of self-worth and self-confidence of members of the group. It is in this sense that it can be seen as affecting the private life of members of the group' (par 78).

Het is zeker te verwelkomen dat het Hof in *R.B.* de bijzondere onderzoeksplicht uitbreidt naar geweldsmisdrijven die vallen binnen het toepassingsgebied van art. 8 EVRM (par 84). Ook deze uitbreiding gebeurt 'als vanzelfsprekend' zonder veel argumentatie. Het Hof stelt immers, na het herhalen van de bijzondere onderzoeksplicht in het kader van art. 3 EVRM, 'a similar obligation might arise in cases where alleged bias-motivated treatment did not reach the threshold necessary for Article 3, but constituted an interference with

the applicant's right to private life under Article 8' (par 84). Het Hof voegt hier als voorbeeld toe 'harrasment motivated by racism, including verbal assaults and physical threats' (*ibid.*).

11. Het blijft de vraag of het Hof dit aspect van stereotypering (en dus het discriminatieaspect) nodig had om te komen tot een bevinding dat art. 8 EVRM toepasselijk is. Het kan toch niet zo zijn dat uitschelden en bedreigingen alleen een inmenging zouden vormen met het recht op respect voor privéleven als ze een discriminatoir karakter hebben? Zou het niet gepaster zijn om deze klacht te behandelen onder art. 8 in combinatie met art. 14 EVRM? Met andere woorden, zou het Hof via deze kwalificatie niet zelfs meer recht kunnen doen aan wat volgens het Hof de kern van de klacht uitmaakt namelijk 'the abuse that occurred during ongoing anti-Roma rallies [being] directed against the applicant for her belonging to an ethnic minority' (par 80)? Het is zo dat de klaagster enkel had geklaagd over een schending van art. 3 samen met art. 14, en van art. 8 EVRM. Echter, zoals het Hof graag zelf benadrukt, 'the Court is the master of the characterisation to be given in law to the facts of the case and does not consider itself bound by the characterisation given by the applicant' (in de twee andere hier besproken arresten: *MC en AC*, par 47; *Sakir*, par 33). Dit brengt ons bij het volgende punt van de noot, meer bepaald de vraag naar de grondslag van de bijzondere onderzoeksplicht.

12. Doorheen de arresten van het EHRM over de bijzondere onderzoeksplicht naar discriminatoire motieven van geweldsmisdrijven, is het vaste jurisprudentie geworden om te benadrukken dat deze plicht op drie manieren een onderdeel kan zijn van de positieve verplichtingen van staten onder het EVRM: 1) onder de relevante artikelen (2,3 en nu ook 8), 2) onder art. 14 in combinatie met deze artikelen, 3) onder zowel de artikelen op zichzelf als onder art. 14 in combinatie met deze artikelen (onder andere *RB*, par 39; *MC en AC*, par 105). Volgens het Hof zou de keuze tussen deze drie opties te maken hebben met de wisselwerking tussen deze artikelen, en zou geval per geval moeten worden beslist in het licht van alle relevante omstandigheden (*ibid.*). Het is echter betreurenswaardig dat het Hof nog steeds geen criteria heeft ontwikkeld om te bepalen (en rechtszekerheid te brengen over) welke grondslag voor de bijzondere onderzoeksplicht gepast is (zal gevolgd worden) in een concreet geval.

13. De ontwikkeling van dergelijke criteria zou ook wat meer inzicht kunnen brengen over waarom in bepaalde omstandigheden de ene optie, dan weer de andere optie gepast(er) is als grondslag voor de bijzondere onderzoeksplicht. Vermits de onderzoeksplicht betrekking heeft op het achterhalen van een discriminatoire motivatie, lijkt het conceptueel het meest voor de hand te liggen dit ook te evalueren in het licht van art. 14 EVRM in combinatie met een ander artikel. Meer algemeen leidt dit tot de vraag of de bestaande jurisprudentielijn (over de grondslag van de bijzondere onderzoeksplicht) nog een overblijfsel is van de traditioneel terughoudende toetsing van het Hof ten aanzien van het discriminatieverbod (zie ook R. O'Connell, 'Cinderella Comes to the Ball: Article 14 and the Right to Non-discrimination in the ECHR', *Legal Studies* 2009)? Het is verder opvallend dat in de drie hier besproken arresten het Hof in alle drie de gevallen onderkent dat er voldoende aanwijzingen zijn voor discriminatie, maar slechts in één zaak de bijzondere onderzoeksplicht erkent op grond van art. 14 (in combinatie met art. 3 EVRM), namelijk de zaak die over homofobie geweld gaat. In de zaak over de Roma en die over de asielzoeker wordt er enkel iets (expliciet dan wel impliciet) gezegd over een bijzondere onderzoeksplicht naar discriminatoire motivatie bij de analyse van art. 8 en 3 EVRM respectievelijk. Deze schijnbare voorkeur om de twee laatste zaken niet in het kader van art. 14 EVRM te onderzoeken is des te opmerkelijker nu het gaat om twee groepen personen, namelijk Roma en asielzoekers, waarvan het Hof verschillende keren heeft benadrukt dat het gaat om bijzondere kwetsbare groepen. Het Hof hanteert immers ten aanzien van dergelijke kwetsbare groepen doorgaans een strengere toetsingsintensiteit van het discriminatieverbod ten aanzien van positieve verplichtingen in dit kader (Timmer & Peroni 2013, 1076-1078).

14. Ondanks de verschillende invalshoeken die het Hof gekozen heeft om te komen tot de bijzondere onderzoeksplicht in de drie hier besproken zaken, lijkt de beoordeling van deze onderzoeksplicht over de gehele lijn veeleisender te worden. In *M.C. en A.C.* is het Hof bijzonder kritisch over verschillende aspecten van het onderzoek maar ook en met name over het gebrek aan onderzoek naar mogelijke homofobe motieven van de daders. Het Hof heeft hierbij nauwgezet het nationale recht bestudeerd want het stelt dat hoewel in het



nationale recht 'incitement to hate speech' niet mogelijk was ten tijde van de feiten, 'the crimes could have been assigned a legal classification that would have allowed the proper administration of justice' (par 124). Het gebrekkig onderzoek zou uiteindelijk neerkomen op een schending van art. 3 in combinatie met art. 14 EVRM (par 125). Ook in *R.B.* aanvaardt het Hof niet dat de overheid zich probeert te verschuilen achter de afwezigheid van wetgeving die gewelddadige intimidatie criminaliseert. Het Hof bekritiseert in dit opzicht de keuze van het autoriteiten om bepalingen van nationaal recht die wel een mogelijk grond lijken te bieden restrictief te interpreteren dan wel toe te passen (par 89-90) en besluit tot een schending van art. 8 EVRM (par 91). Ook in *Sakir*, zelfs zonder expliciete vermelding van de bijzondere onderzoeksplicht naar discriminatoire motieven voor gewelddaden, is het Hof uitermate kritisch over het nalaten om het onderzoek naar het specifieke geval in verband te brengen met een breed gesignaleerd probleem van racistisch geweld in Athene waarbij de politie dit schijnt te tolereren (par 70-72).

15. Tenslotte, blijft de vraag of zware gebreken in de bijzondere onderzoeksplicht naar discriminatoire motieven van geweldsmisdrijven niet zouden wijzen op vooroordelen en een discriminatoire ingesteldheid binnen de overheid, die in verband gebracht kunnen worden met diepgewortelde institutionele discriminatie binnen de overheid (organen). Het is in dit opzicht opmerkelijk dat het Hof zelf expliciet stelt in *M.C. en A.C.*, dat als er geen bijzonder onderzoek wordt gedaan naar discriminatoire motieven van geweldsmisdrijven dit zou wijzen op onverschilligheid van de overheid, en zelfs 'official acquiescence to or even connivance with hate crimes' (*MC en AC*, par 124). Dit wordt hernomen in *Sakir* waar het Hof wijst op het belang van deze bijzondere onderzoeksplicht 'pour éviter toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux' (*Sakir*, par 72).

In de hier besproken arresten geeft het Hof echter nog steeds blijk van de nodige terughoudendheid om dergelijke vormen van institutionele (inhoudelijke) discriminatie vast te stellen. Zo stelt het Hof in *M.C. en A.C.* dat na vaststelling van schending van de procedurele dimensie van art. 3 samen met art. 14 EVRM het niet nodig zou zijn de klacht over inhoudelijke discriminatie binnen de politie ('that the police intentionally protracted

the investigations for homophobic motives') te onderzoeken (par 126), en dit ondanks de eerdere kritiek van het Hof zelf op de schijnbare onwil bij de politie om de misdrijven te kwalificeren op een manier dat ze gepaste en effectieve onderzoekshandelingen toelaten (par 123-124). In *R.B.* had het Hof al in een vroeg stadium 'art. 14' en een non-discriminatie-analyse 'uitgeschakeld' door de klacht over art. 3 in combinatie met 14 EVRM niet-ontvankelijk te beoordelen (door een restrictieve interpretatie van art. 3) en vervolgens de klacht over art. 8 niet te herkwaltificeren als één over art. 8 in combinatie met art. 14 EVRM (zie ook boven). Dit ontwijken van een non-discriminatie analyse is des te opmerkelijker in het licht van de *amicus curiae*-brief van het European Roma Rights Centre waarin juist werd benadrukt dat er in Hongarije institutioneel racisme heerst tegen Roma in staatsorganen, en dat dit ook doorwerkt in het gebrekkig onderzoek naar 'hate crimes' tegen Roma (par 76). Bovendien is het Hof zelf ook in *R.B.* kritisch over de juridische basis die de nationale vervolgende instanties hadden gekozen voor het onderzoek, omdat dit niet gepast zou zijn om de duidelijke aanwijzingen van racistische motivatie te onderzoeken (par 89-90). Een gelijkaardige kritiek ten aanzien van het schijnbaar moedwillig negeren van een mogelijke racistische motivatie voor gewelddaden (ten aanzien van asielzoekers) is zichtbaar in *Sakir* (par 70-72). Ook in deze zaak vertaalt zich dat echter niet in een kritische beoordeling van een mogelijke discriminatoire motivatie in de gelederen van de nationale politie.

De voorgaande analyse lijkt aan te geven dat het EHRM nog steeds erg terughoudend is om gebrekkig onderzoek naar de discriminatoire motivatie van geweldsmisdrijven in verband te brengen met institutionele vooroordelen en discriminatie, en dus een inhoudelijke schending van het discriminatieverbod door de staat.

16. Bij wijze van conclusie kan gesteld worden dat de drie hier besproken arresten blijk geven van verschillende positieve 'verruimende', ontwikkelingen van de bijzondere onderzoeksplicht van de overheid om discriminatoire motieven van geweldsmisdrijven bloot te leggen. Deze onderzoeksplicht wordt immers voor een gestaag uitbreidend aantal gronden van onderscheid en in het kader van meer EVRM-rechten erkend, terwijl het Hof deze onderzoeksplicht ook steeds kritischer lijkt te beoordelen. Tegelijkertijd zijn

er ook een aantal teleurstellende vaststellingen, zoals het aanhoudend gebrek aan duidelijkheid over de gepaste grondslag voor de bijzondere onderzoeksplicht in een concrete zaak, en een totaal gebrek aan expliciete vermelding van deze onderzoeksplicht in een zaak die verder bol staat van verwijzingen naar discriminatoire motivatie (*Sakir*). Het markante verschil in aanpak tussen de zaak over het homofob geweld en die over de gewelddadige intimidatie van Roma is ook moeilijk te duiden. Tenslotte, is het vooral betreurenswaardig dat het Hof nog steeds een grote terughoudendheid toont om institutionele discriminatie te erkennen als oorzaak van het (schijnbaar moedwillig) gebrekkig onderzoek naar discriminatoire motivatie van geweldsmisdrijven tegen kwetsbare minderheidsgroepen. Met andere woorden, de non-discriminatie jurisprudentie van het EHRM is nog steeds volop in beweging en dient ook nog steeds in een aantal opzichten verbeterd te worden.

K. Henrard

Hoogleraar Mensenrechten en Minderheden

## 166

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
26 april 2016, nrs. 25501/07, 57569/11, 80153/12,  
5790/13, 35015/13

(López Guerra (President), Nicolaou, Keller,  
Silvis, Dedov, Vilanova, Poláčeková)

Noot mr. B. Roorda

**Vrijheid van meningsuiting. Vrijheid van vreedzame vergadering. Demonstratievrijheid. Russische demonstratiewet. Onderscheid eenmensprotest/betoging. Kennisgevingsvereiste bij eenmensprotest/betoging. Beëindiging eenmensprotest/betoging en aanhouden, vasthouden en beboeten betogers vanwege ontbrekende kennisgeving.**

[EVRM art. 10, 11]

*Centraal in deze zaak staan vijf (eenmens)protesten die op last van de Russische autoriteiten door de politie worden beëindigd. In alle vijf de gevallen worden de actievoerders – Novikova, Kirpichev, Romakhin, Savchenko en Matsnev – gearresteerd en enige tijd vastgehouden op het politiebureau.*

*Bij de (eenmens)protesten van Novikova, Kirpichev en Romakhin zou het volgens de autoriteiten gaan om collectieve acties waarvoor de vereiste kennisgeving ontbreekt. De drie actievoerders worden veroordeeld tot de betaling van geldboetes. Tegen de vierde klager – Matsnev – wordt opgetreden omdat hij geen identiteitspapieren bij zich heeft. Matsnev meent dat de autoriteiten onrechtmatig hebben gehandeld en vordert in een civielrechtelijke procedure een bedrag van 500.000 roebel. De Russische rechter kent hem slechts een bedrag van 6.000 roebel (149 euro) toe. De vijfde klager – Savchenko – zou zich bij zijn eenmensprotest schuldig hebben gemaakt aan aanstootgevend gedrag vanwege het gebruik van onbehoorlijk taalgebruik op een openbare plaats. Hij wordt veroordeeld tot de betaling van een geldboete.*

*Alle vijf de actievoerders dienen een klacht in bij het EHRM omdat de Russische autoriteiten onrechtmatig inbreuk zouden hebben gemaakt op hun vrijheid van meningsuiting en/of hun vrijheid van vreedzame vergadering ex art. 10 en 11 EVRM.*

*Ten aanzien van de drie zaken waarin de autoriteiten beperkingen opleggen vanwege het ontbreken van een voorafgaande kennisgeving neemt het Hof met enige terughoudendheid aan dat de beperkingen zijn voorzien bij wet en legitieme doelen dienen. De beperkingen zijn volgens het Hof echter niet noodzakelijk geweest in een democratische samenleving. Hoewel het vereisen van een voorafgaande kennisgeving van essentieel belang kan zijn om het ordelijke verloop van demonstraties te garanderen, mag een dergelijk vereiste niet een doel op zich zijn, volgens het Hof. Het enkele ontbreken van een voorafgaande kennisgeving geeft de autoriteiten geen carte blanche om tegen de betoging op te treden en om de actievoerders te arresteren en te beboeten. Gelet op het geringe aantal deelnemers aan de protestacties – hooguit zes personen, misschien zelfs minder – zou een kennisgeving geen essentiële voorwaarde zijn om de autoriteiten in staat te stellen om de noodzakelijke maatregelen te nemen teneinde verstoringen van het verkeer te voorkomen en het ordelijk verloop van de demonstratie te garanderen. Nu de actievoerders vreedzame intenties hadden en de acties ook daadwerkelijk in alle rust verliepen en er geen enkele aanwijzing was dat de politie hoefde te vrezen voor wanordelijkheden, was de onmiddellijke beëindiging van de acties en het arresteren en meevoeren van de demonstranten in strijd met art. 10 EVRM. Indien de noodzaak daartoe al bestond, hadden de actievoerders ter plaatse of op een later moment beboet kunnen worden.*

*Ten aanzien van klager Matsnev overweegt het Hof dat als autoriteiten inbreuk maken op een fundamenteel recht, zij hiervoor genoegdoening moeten verschaffen door expliciet dan wel zonder enig voorbehoud toe te geven dat zij zich schuldig hebben gemaakt aan schending van een verdragsrecht en hiervoor gepaste en toereikende compensatie aan te bieden. Doen zij dit niet, dan behoudt degene wiens recht is geschonden zijn slachtofferstatus. In casu hebben de autoriteiten nagelaten om toe te geven dat zij het recht op vrijheid van meningsuiting hebben geschonden. Bovendien oordeelt het Hof de financiële genoegdoening van 149 euro niet toereikend, gelet ook op art. 41 EVRM en jurisprudentie van het Hof.*

*De klacht van Savchenko vindt eveneens gehoor aangezien het volgens het Hof niet duidelijk is welke uitingen klager heeft gedaan, voor welke uitingen hij wordt vervolgd en welke uitingen volgens het Russische recht gekwalificeerd kunnen worden als 'onbehoorlijk taalgebruik'. Gelet ook op de onschuldpresumptie oordeelt het Hof de door de Russische autoriteiten opgelegde beperkingen disproportioneel en om die reden in strijd met art. 10 EVRM.*

Novikova e.a.  
tegen  
Rusland

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## NOOT

1. In deze zaak dient het Hof drie rechtsvragen te beantwoorden. De eerste heeft betrekking op de klachten van Novikova, Kirpichev en Romakhin en is een hele principiële: rechtvaardigt in het licht van art. 10 dan wel 11 EVRM het enkele niet-kennisgeven van een (eenmens)protest het onmiddellijk beëindigen van het protest, het aanhouden en enkele uren vasthouden op het politiebureau alsmede het beboeten van de actievoerders? De tweede rechtsvraag vloeit voort uit de klacht van Matsnev: is de schending van de vrijheid van meningsuiting ex art. 10 EVRM die bestaat uit de onmiddellijke beëindiging van zijn eenmensprotest en het twee uren vasthouden van de actievoerder op het politiebureau vanwege het enkele niet bij zich hebben van een identiteitsbewijs, voldoende gecompenseerd met een schadevergoeding van 149 euro? De derde rechtsvraag vindt zijn ont-

staan in de klacht van Savchenko: levert het een disproportionele beperking op van de fundamentele rechten als bedoeld in art. 10 dan wel 11 EVRM indien een eenmensprotest onmiddellijk wordt beëindigd en de actievoerder enkele uren wordt vastgehouden alsmede wordt beboet omdat hij zich aanstootgevend gedraagt vanwege onbehoorlijk taalgebruik op een openbare plaats? Aan deze laatste rechtsvraag gaat *in casu* een bewijsrechtelijke kwestie vooraf: heeft de actievoerder zich daadwerkelijk schuldig gemaakt aan onbehoorlijk taalgebruik?

Bij de beantwoording van de drie rechtsvragen door het EHRM doen zich een aantal interessante punten voor. Hieronder zal ik ingaan op de volgende drie. Het Russische demonstratierecht en de wijziging van de Russische demonstratiewet in 2012 (randnr. 2). De kritiek van het Hof op met name de regeling van het eenmensprotest in de gewijzigde Russische demonstratiewet (randnr. 3). De beëindiging van een (eenmens)protest en het aanhouden, vasthouden en beboeten van de actievoerders vanwege het ontbreken van een kennisgeving (randnr. 4). Tot slot maak ik nog twee rechtsvergelijkende opmerkingen (randnr. 5-6).

2. De Russische grondwettelijke regeling van het recht op vrijheid van meningsuiting (art. 29) en het recht op vergadering en betoging (art. 31) vertoont betrekkelijk veel overeenkomsten met de Nederlandse. De Russische constitutie garandeert evenals de Nederlandse Grondwet (Gw) naast het recht op vergadering ook expliciet het recht op betoging. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de Duitse Grundgesetz (GG) waarin uitsluitend de *Versammlungsfreiheit* is opgenomen (art. 8 GG) en internationale verdragen zoals het EVRM en het IVBPR waarin enkel het recht op vrijheid van vreedzame vergadering wordt genoemd (art. 11 respectievelijk 21). Ook is de grondwettelijke beperkingssystematiek van Rusland en Nederland enigszins vergelijkbaar: beide constituties bepalen dat de vergader- en betogingsvrijheid mag worden beperkt bij of krachtens een wet in formele zin in het kader van een limitatief aantal doelcriteria.

De Russische wet in formele zin die de uitoefening van de vergader- en betogingsvrijheid regelt, maakt net als de Nederlandse Wet openbare manifestaties (Wom) gebruik van een kennisgevingsplicht voor het houden van collectieve manifestaties. Voor eenmensprotesten die statisch plaatsvin-



den en waarbij geen gebruik wordt gemaakt van geluidsapparatuur geldt een dergelijke plicht tot 2012 niet.

De Russische wetgever wijzigt in dat jaar de demonstratiewet. De achterliggende reden hiervan is dat Russische actievoerders de kennisgevingsplicht voor collectieve actie – betogingen – omzeilen door op enige afstand van elkaar simultane eenmensprotestacties te voeren. Art. 7, lid 1.1, van de Russische demonstratiewet bepaalt sindsdien dat eenmensprotesten een door een regionale wet vast te stellen minimale afstand van elkaar dienen te bewaren. Deze door een regionale wet vast te stellen minimale afstand mag niet meer dan 50 meter bedragen. Verder bepaalt de nieuwe wetsbepaling dat simultane eenmensprotesten bij rechterlijke beslissing *ex post* kunnen worden aangemerkt als kennisgevingsplichtige betogingen, namelijk indien zij een gemeenschappelijk doel hebben en uitgaan van dezelfde organisatie. Volgens het Russische constitutionele hof kan dit zelfs als de vereiste minimale afstand in acht is genomen (de ‘Federal Law on Assemblies, Meetings, Demonstrations, Marches and Picketing no. 54-FZ of 19 June 2004 of the Russian Federation as amended by Federal Law no. 65-FW of 8 June 2012 (Opinion no. 659/2011)’, te raadplegen via [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int)).

3. Over de hierboven genoemde en andere nieuwe bepalingen in de Russische demonstratiewet laat de Europese Commissie voor Democratie door Recht van de Raad van Europa – ook wel de Venetiëcommissie – zich ronduit negatief uit (zie Opinion no. 686/2012, te raadplegen via [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int)). Opmerkelijk is dat het Hof deze kritiek van de Venetiëcommissie in de onderhavige zaak expliciet aanhaalt (par. 86), terwijl het dit in een eerder arrest volgens Hoffmann-Riem bewust niet doet (zie W. Hoffmann-Riem, ‘The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact’, *European Journal of International Law* 2014, p. 579-597; *Berladir e.a. t. Rusland*, EHRM 10 juli 2012, nr. 34202/06, «EHRC» 2012/208 m.nt. Loof).

Het Hof uit in totaal vier bezwaren tegen de gewijzigde Russische demonstratiewet (par. 190-212). Het eerste bezwaar ziet op het afstandscriterium: de aanwezigheid van een eenmensprotest in de buurt van een ‘demonstratiedoelwit’ kan het een ander eenmensprotest onmogelijk maken om eveneens in de buurt van dit doelwit actie te voe-

ren, terwijl het belang van een actievoerder groot kan zijn om in de nabijheid van een bepaald doelwit te protesteren.

Het tweede bezwaar van het Hof heeft betrekking op de bevoegdheid van de Russische rechter om een eenmensprotest *ex post* te kunnen kwalificeren als een kennisgevingsplichtige betoging, ondanks dat de vereiste minimale afstand in acht is genomen. Het is volgens het Hof niet duidelijk welk doel deze bevoegdheid dient anders dan het bestraffen van – achteraf vastgesteld – onwettig gedrag. Dit is niet in overeenstemming met de legitieme doelen in de zin van art. 10 EVRM. Volgens de Venetiëcommissie is dit bovendien in strijd met het legaliteitsbeginsel ex art. 7 EVRM (par. 86).

Het derde bezwaar is dat een eenmensprotest niet gekwalificeerd zou moeten worden als een betoging enkel omdat het de aandacht trekt van omstanders. Een protestactie heeft nu eenmaal ten doel om aandacht te trekken en zij doet dat ook niet zelden. Daarnaast maakt de enkele aanwezigheid van twee of meer mensen een protestactie nog niet een *assembly* in de zin van art. 11 EVRM waarvoor een kennisgeving kan worden vereist, aldus het Hof. Deze laatste overweging (par. 204) is om twee redenen interessant. In de eerste plaats zou hieruit kunnen worden afgeleid dat het Hof van oordeel is dat een *assembly* kan bestaan uit twee personen, terwijl het in *Tatár en Fáber t. Hongarije* nog lijkt te suggereren dat een *assembly* in de zin van art. 11 EVRM uit meer dan twee personen dient te bestaan (EHRM 12 juni 2012, nrs. 26005/08 en 26160/08, «EHRC» 2012/174, par. 29 en punt 1 van de annotatie van Gerards). De Venetiëcommissie van de Raad van Europa gaat overigens uit van twee of meer personen (*Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, Warschau/Straatsburg, 2010, p. 29). In de tweede plaats lijkt uit de overweging van het Hof te volgen dat een kennisgeving niet kan worden gevorderd bij een eenmensprotest. Dit is ook wat men in de literatuur aanneemt en wat de Venetiëcommissie aanbeveelt (zie bijvoorbeeld punt 1 van de annotatie van Gerards bij *Tatár en Fáber t. Hongarije*, reeds aangehaald; *Guidelines* p. 63, reeds aangehaald), maar bij mijn weten is dit (nog) nooit expliciet bepaald door het EHRM.

Het vierde en laatste bezwaar van het Hof bij de in 2012 gewijzigde Russische demonstratiewet heeft betrekking op (1) de substantiële verhoging van de geldboetes – het Hof spreekt van het ver-

tienvoudigen – voor bijvoorbeeld het deelnemen aan of organiseren van een niet-kennisgeving betoging, en op (2) de introductie van minimumstraffen. Ten aanzien van dat laatste punt wijst het Hof op een oordeel van het Russische constitutionele hof van 14 februari 2013 waarin dit hof bepaalt dat de in 2012 geïntroduceerde minimumstraffen voor demonstratierechtelijke strafbare feiten er niet aan in de weg staan dat rechters ook lagere straffen kunnen opleggen. Rechters dienen bij het opleggen van straffen immers rekening te houden met de specifieke omstandigheden van het geval zoals de aard van de overtreding, de financiële situatie van de verdachte en andere factoren zoals proportionaliteit en redelijkheid. De oproep van het Russische constitutionele hof aan de Russische wetgever om de wet in deze zin te wijzigen (zie par. 69) heeft tot op heden geen gehoor gevonden. De straffen op demonstratierechtelijke strafbare feiten zijn nadien alleen nog maar verder verhoogd. Zo kunnen sinds 2014 boetes van ruim 20.000 euro en gevangenisstraffen tot maximaal 5 jaren worden opgelegd (zie hierover uitgebreider Algemeen ambtsbericht Russische Federatie, augustus 2015, p. 15, te raadplegen via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl)).

4. Bij de (eenmens)protesten van Novikova, Kirpichev en Romakhin zou het volgens de Russische autoriteiten gaan om collectieve acties waarvoor de vereiste kennisgeving ontbreekt. Het is mijns inziens echter maar de vraag of er daadwerkelijk sprake was van collectieve acties. Novikova hield haar eenmensprotest op enige afstand van andere demonstranten. Kirpichev stond alleen actie te voeren, vijf passanten kwamen echter naar zijn protestactie kijken. Romakhin hield zijn eenmensprotest op ongeveer 50 meter afstand van een ander eenmensprotest.

Wat er ook van zij, de protesten worden onmiddellijk beëindigd en de actievoerders worden aangehouden, enige tijd vastgehouden op het politiebureau en beboet om de enkele reden dat een vereiste voorafgaande kennisgeving ontbreekt. Het Hof oordeelt dat deze beperkingen in strijd zijn met het recht op vrijheid van meningsuiting ex art. 10 EVRM. De wijze waarop het Hof hiertoe komt verdient aandacht.

Allereerst overweegt het Hof dat het de klachten onder art. 10 EVRM zal beoordelen, gelet ook op het betoog van de actievoerders dat zij het recht hebben om niet te worden geassocieerd met andermans betoging. Een en ander sluit volgens het

Hof niet uit dat het de algemene principes die volgen uit art. 11 EVRM – indien van toepassing – zal betrekken.

Bij de vraag of er sprake is van een beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting ex art. 10 EVRM, merkt het Hof terloops op dat de klagers niet hebben geklaagd dat de Russische regelgeving ten aanzien van het kennisgevingsvereiste niet-voorzienbaar is of andere gebreken vertoont. Kennelijk denkt het Hof er het zijne van, althans ik zie niet in om welke andere reden het Hof dit opmerkt. Van een beperking is in elk geval sprake volgens het Hof. De vraag of de beperking is voorzien bij wet beantwoordt het Hof met de nodige reserves eveneens bevestigend.

Dienen de beperkingen ook een legitiem doel, en zo ja, welk doel? Allereerst staat het Hof stil bij het legitieme doel ‘het voorkomen van wanordelijkheden’. Normaal gesproken ziet dit doel volgens het Hof op “riots or other public disturbance” (het verwijst daarbij naar *Perinçek t. Zwitserland*, EHRM 15 oktober 2015 (GK) nr. 27510/08, «EHRC» 2015/246 m.nt. Van Sasse van Ysselt, par. 146). De Russische autoriteiten kunnen volgens het Hof niet aantonen dat het enkele ontbreken van de kennisgeving *in casu* zou kunnen leiden tot wanordelijkheden. Om die reden oordeelt het Hof dat de beëindiging van de protesten en de vrijheidsontneming het legitieme doel ‘het voorkomen van wanordelijkheden’ niet dienen. Zij dienen echter wel het legitieme doel ‘het voorkomen van strafbare feiten’, aangezien door de beëindiging van de niet-kennisgeving betoging en de vrijheidsontneming er een einde wordt gemaakt aan een illegale situatie. Het beboeten van de actievoerders valt volgens het Hof overigens wel onder het legitieme doel ‘het voorkomen van wanordelijkheden’.

Volgens Simons en Voorhoof blijkt uit de genoemde overwegingen dat het Hof duidelijk met tegenzin een antwoord geeft op de vraag of de plicht om kennis te geven van een betoging die bestaat uit een zeer gering aantal personen überhaupt een legitiem doel dient. “Perhaps the Court wished to avoid setting an arbitrary numerical limit above which a notification regime becomes relevant to the prevention of disorder”, zo suggereren zij. Bovendien vragen Simons en Voorhoof zich af hoe het afdwingen van een kennisgevingsvereiste een legitiem doel op zich kan zijn, indien het kennisgevingsvereiste zelf zulk een doel al zou ontberen (zie D. Simons & D. Voorhoof, ‘One

man banned: Russia's treatment of solo protests scrutinized in Novikova v Russia', 9 mei 2016, te raadplegen via [strasbourgobservers.com](http://strasbourgobservers.com)).

Strikt genomen is het vereisen van een voorafgaande kennisgeving een beperking van het recht op vreedzame vergadering ex art. 11 EVRM. In dat licht is de opvatting van Simons en Voorhoof dat een dergelijk vereiste een legitiem doel moet dienen alleszins verdedigbaar. Mijns inziens wordt soms echter onvoldoende beseft dat de kennisgevingsplicht er in de eerste plaats toe dient om de autoriteiten beter in staat te stellen om betogingen te beschermen en te faciliteren zodat een staat kan voldoen aan zijn positieve verplichtingen zoals die voortvloeien uit art. 11 EVRM (zie par. 171, zie verder o.a. *Rassemblement Jurassien en Unité Jurassienne t. Zwitserland*, ECRM 10 oktober 1979, nr. 8191/78, p. 119). In dat verband is het de vraag of het verstandig zou zijn om kleinschalige demonstraties uit te zonderen van de kennisgevingsplicht. De grootte van een demonstratie zegt weinig of niets over mogelijke wanordelijkheden. Kleinschalige demonstraties met diametraal tegenover elkaar staande controversiële standpunten die op hetzelfde moment op dezelfde locatie plaatsvinden, vragen van de autoriteiten in de regel meer voorbereiding dan één grootschalige demonstratie met een eenvormige boodschap. Bovendien is het goed mogelijk dat een geplande kleinschalige protestactie uitgroeit tot een grootschalige actie, het staat immers een ieder vrij om zich bij een demonstratie aan te sluiten (zie hierover ook B. Roorda, J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Evaluatie Wet openbare manifestaties*, 3 juli 2015, p. 90, te raadplegen via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl)).

De laatste vraag die het Hof dient te beantwoorden, is of de opgelegde beperkingen noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Dat het Hof deze vraag ontkennend beantwoordt, is gelet op de relevante EHRM-jurisprudentie weinig verbazingwekkend. In het arrest *Bukta e.a. t. Hongarije* van 17 juli 2007 oordeelt het Hof al dat een betoging in beginsel niet zonder meer kan worden ontbonden om de enkele reden dat zij niet van tevoren is aangemeld (EHRM 17 juli 2007, nr. 25691/04, «EHRC» 2007/117 m.nt. Loof, par. 36). In de arresten *Mammadov t. Azerbeidzjan* van 15 oktober 2015 en *Ibrahimov e.a. t. Azerbeidzjan* van 11 februari 2016 oordeelt het Hof bovendien dat het uiteendrijven van een betoging en het arresteren van betogers niet is gerechtvaardigd, indien er geen aanwijzing is voor

een substantieel risico op ordeverstoringen en niets erop wijst dat het voor de politie erg lastig zal worden om de situatie in de hand te houden (EHRM 15 oktober 2015, nr. 60259/11, par. 61; EHRM 11 februari 2016, nrs. 69234/11, 69252/11, 59335/11, «EHRC» 2016/99, par. 80).

5. Tot slot nog twee laatste rechtsvergelijkende opmerkingen. De Nederlandse Wet openbare manifestaties heeft anders dan de Russische demonstratiewet geen betrekking op eenmensprotesten. Bij de totstandkoming van de Wet openbare manifestaties waren sommige rechtswetenschappers van mening dat het onnodig en verwarrend is om de uitingen bestreken door art. 7 Gw uit te sluiten van de werkingssfeer van de Wet openbare manifestaties (zie S.C. den Dekker-van Bijsterveld, 'Het voorstel van Wet openbare manifestaties', *Tijdschrift voor openbaar bestuur* 1986, p. 215-220; S.C. den Dekker-van Bijsterveld, 'De betekenis van het voorstel van Wet openbare manifestaties voor de gemeente', *Bestuursforum* 1987, p. 216-221; A.W. Heringa, 'Commentaar op het ontwerp Wet openbare manifestaties', *NJCM-Bulletin* 1987, p. 245-250). In de praktijk bestaat bij burgemeesters en politie inderdaad verwarring over hoe moet worden omgegaan met eenmensprotesten. Zo wordt de Utrechtse studente Joana van der Hoek begin 2013 tot tweemaal toe ten onrechte gearresteerd voor het houden van een eenmensprotest waarin zij haar onvrede uit over de monarchie.

Een en ander is volgens Brouwer, Schilder en mijzelf echter onvoldoende reden om eenmensprotesten alsnog onder de werkingssfeer van de Wet openbare manifestaties te brengen. Deze wet ziet specifiek op manifestaties waarbij de collectiviteit een wezenselement vormt. Vanwege het meer ingrijpende karakter van collectieve acties is om die reden een kennisgevingsplicht ingevoerd en kunnen collectieve acties preventief worden beperkt en zelfs verboden door de burgemeester. Eenmensprotesten hebben doorgaans geen of een minder de openbare orde belastend effect dan betogingen. Om die reden zouden zij verschoond moeten blijven van een verplichte kennisgeving en zouden zij niet preventief mogen worden beperkt of verboden. Dat eenmensprotesten in de rechtspraktijk soms minder bescherming toekomt dan manifestaties in de zin van de Wet openbare manifestaties, is bovendien niet het gevolg van een onjuist opgezet systeem van regels, maar van een onjuiste

toepassing van bevoegdheden door burgemeesters (zie hierover uitgebreider *Evaluatie Wet openbare manifestaties*, p. 32-36 en 61, reeds aangehaald). 6. De laatste rechtsvergelijkende opmerking ziet op de betrekkelijk restrictieve uitleg die het EHRM geeft van het legitieme doel ‘het voorkomen van wanordelijkheden’; er dient in beginsel sprake te zijn van “riots or other public disturbance”. Bij de uitleg van het doelcriterium ‘bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden’ ex art. 9, tweede lid, Gw en art. 2 Wom wijst de Rechtbank Den Haag in drie uitspraken de grammaticale interpretatiemethode – volgens welke het zou moeten gaan om rellen, opstootjes, vernielingen en/of het gebruik van geweld – van de hand omdat zij te beperkt zou zijn (Rb. Den Haag 23 januari 2014, SGR 13/1534, par. 6.3.1; Rb. Den Haag 23 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1708, par. 19-21; Rb. Den Haag 23 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:790, par. 17-19).

B. Roorda

Docent aan de Rijksuniversiteit Groningen en onderzoeker bij het Centrum voor Openbare Orde en Veiligheid (RuG).

Op donderdag 15 september 2016 hoopt hij te promoveren op ‘Het recht om te demonsteren – Een vergelijkende studie naar de betogingsvrijheid in Nederland, Duitsland en Engeland vanuit internationaalrechtelijk perspectief’.

## 167

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
26 april 2016, nr. 62649/10  
(Raimondi (President), Spielmann, Sajó,  
Karakaş, Casadevall, Villiger, Bianku,  
Laffranque, Keller, Potocki, Lemmens, Silvis,  
Vehabović, Spano, Motoc, Kjølbros, Grozev)  
Noot dr. A.J. Overbeeke

**Grote Kamer. Godsdienstvrijheid. Collectieve  
godsdienstuitoefening. Overheidssteun. Onge-  
lijke behandeling.**

[EVRM art. 9, 14]

*De 203 klagers zijn aanhangers van het Alevisme, in Turkije qua aanhang de tweede grootste religieuze stroming. Zij stuiten op de weigering van de*

*Turkse overheid de Alevieten van staatswege religieuze publieke diensten toe te kennen die wel worden verschaft aan moslimburgers die de dominante soennitische variant van de islam aanhangen. De Alevitische geestelijken (‘dede’s’) worden bovendien niet als zodanig erkend en voor wat betreft hun arbeid onder hun geloofsgenoten komen ze evenmin in aanmerking voor een aanstelling als ambtenaar, een mogelijkheid die wel bestaat voor de geestelijke bedienaren die werkzaam zijn voor het Turkse Directoraat voor Godsdienstzaken, een overheidsinstelling. De Alevitische gebouwen (cemevi’s) krijgen niet de wettelijke status van ‘gebouw bestemd voor de eredienst’. Tenslotte komen de Alevitische gemeenschappen niet in aanmerking voor subsidies van de centrale overheid. Verzoeken daartoe worden door de Turkse overheid afgewezen op grond van de kwalificatie van het Alevisme als een beweging die vergelijkbaar is met de door Turkse wetgeving verboden Soefi-orde.*

*Het Hof oordeelt dat de weigering van de overheid om de genoemde claims te honoreren neerkomt op een weigering het religieuze karakter van het Alevisme en de Alevitische geloofspraktijk – te erkennen en dat daardoor de Alevitische cemevi’s en de godsdienstige leiders geen wettelijke bescherming genieten. Dit leidt tot problemen bij de organisatie, financiering en uiteindelijk het voortbestaan van de gemeenschappelijke godsdienstuitoefening van de Alevieten. De erkenningsweigering door de Turkse overheid vormt volgens het Hof een beperking van de vrijheid van godsdienst van de Alevitische gemeenschap, een gemeenschap die zich onderscheidt van de islambeleving zoals die wordt voorgestaan en ondersteund door het Turkse Directoraat voor Godsdienstzaken. De door de staat ter rechtvaardiging van deze vrijheidsbeperking aangedragen argumenten acht het Hof niet noodzakelijk in een democratische samenleving en concludeert dat art. 9 EVRM geschonden is.*

*Het Hof stelt verder een flagrant onevenwicht vast tussen enerzijds de status die in Turkije wordt toegekend aan de door het Directoraat voor Godsdienstzaken voorgestane interpretatie van de islam, die door de overheid aangeboden wordt, en anderzijds de status van de Alevitische gemeenschap, die vrijwel geen toegang heeft tot deze publieke dienst maar waarop de wetgeving op de ‘Soefi-orde’ wordt toegepast, wetgeving die belangrijke verbodsbepalingen bevat. De verzoekers worden, als leden van deze Alevi-gemeenschap ongelijk behandeld, zonder dat daarvoor naar het*

*oordeel van het Hof een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Art. 14 jo. art. 9 EVRM zijn daarom geschonden.*

*İzzettin Doğan e.a.  
tegen  
Turkije*

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## NOOT

1. De wijze waarop de verhouding tussen religie en overheid in Turkije vorm kreeg na de onttaking van het Ottomaanse Rijk, heeft in de Straatsburgse jurisprudentie in een relatief kort tijdsbestek veel sporen nagelaten. Aanvankelijk diende aandacht te worden besteed aan de gevolgen die de Turkse variant van de Franse *laïcité* heeft in de sfeer van individuele geloofsuitingen (naar aanleiding van overheidsreglementering m.b.t. kleding en uiterlijk: *Leyla Sahin t. Turkije*, EHRM 10 november 2005 (GK), nr. 44774/98; *Ahmet Arslan e.a. t. Turkije*, EHRM 23 februari 2010, nr. 41135/98, «EHRC» 2010/67 m.nt. Overbeeke) en in die van de religieuze partijvorming (*Refah Partisi t. Turkije*, EHRM 13 februari 2003 (GK), nrs. 41340/98, 41342/98, 41343/98 en 41344/98). Ook het strikt gereglementeerde buitenschools Koranonderricht leverde een klacht op (*Abdullah Çiftçi t. Turkije*, EHRM 17 juni 2004 (ontv.), nr. 71860/01). Recenter zijn er thema's toegevoegd die samenhangen met de regeling van kerk- en staatverhoudingen op *institutioneel niveau*. De zaken die aan het EHRM zijn voorgelegd raken steeds aan het bestaan van het Directoraat voor Godsdienstzaken (*Diyanet Isleri Baskanligi*) en de vanuit dat Directoraat gesteunde en geregleerde islamitische godsdienstuitoefening (I. Gözaydin, "Management of Religion in Turkey: the Diyanet and beyond" in Ö. Heval Çınar en M. Yıldırım, *Freedom of Religion and Belief in Turkey*, Cambridge Scholars Publishing, 2014, p. 10-35). Het Directoraat opereert hierbij naar eigen zeggen op basis van een door alle moslims gedeelde identiteit, een soort 'alle deelstromingen overkoepelende' islam, met een gematigd karakter (A. Bardakoglu, "Moderate perception of Islam' and the Turkish model of the Diyanet: the president's statement", *Journal of Muslim Minority Affairs* 2004, 24:2, p. 367-374). De Turkse overheidsfinan-

ciering voor godsdienstuitoefening is voor de islam herleid tot deze door het Directoraat beheerde 'eenheids'-vorm van de islam.

2. Deze institutionele component kwam aanvankelijk onder de aandacht van het Hof in een gelegenheid waarin individuele rechten in het gedrang kwamen, ouderrechten onder art. 2 Eerste Protocol EVRM. Het voor moslims verplichte godsdienstonderricht in het leerplichtonderwijs liet naar het oordeel van het Hof onvoldoende ruimte aan een aanzienlijk deel van de Turkse moslims, de Alevieten (*Hasan en Eylem Zengin t. Turkije*, EHRM 9 oktober 2007, nr. 1448/04, «EHRC» 2007/142 m.nt. Ten Napel; *Mansur Yalçın e.a. t. Turkije*, EHRM 16 september 2014, nr. 21163/11, «EHRC» 2014/259 m.nt. Zoethout). Uit het feitencomplex in deze onderwijskwesties bleek al dat het islamitische godsdienstonderwijs, zoals dat door de overheid is vormgegeven, ingebed is in de soennitische meerderheidsstroming van de islam die uitgedragen dan wel gefaciliteerd wordt door het Directoraat voor Godsdienstzaken, ten koste van aandacht voor het Alevisme. Het directoraat en het ministerie van Onderwijs, dat verantwoordelijk is voor het godsdienstonderwijs, beschouwen het Alevisme als heterodox, of als een "mystieke" interpretatie van de islam die afwijkt van de hoofdstroom (E. Shakman Hurd, "Alevites under law: the politics of religious freedom in Turkey", *Journal of Law and Religion* 29:3 (2014) 1-20). De invloed van de meerderheidsstroming vormt ook de achtergrond van een door een Alevitische klager aangespannen zaak tegen de verplichte religieaanduiding in Turkse identiteitsdocumenten. Deze zaak betrof de vermelding "islam" op de identiteitskaart van de klager, een vermelding die de Turkse staat, mede op advies van het Directoraat, wilde handhaven. Het Hof achtte deze verplichting in strijd met het negatieve aspect van de godsdienstvrijheid, nl. het recht om over de eigen godsdienstige keuze het stilzwijgen te bewaren. (*Sinan Işık t. Turkije*, EHRM 2 februari 2010, nr. 21924/05, «EHRC» 2010/36 m.nt. Hoefmans en De Hert).

3. Dat de voorkeursoptie van de Turkse overheid voor een welbepaalde meerderheidsvisie op de islam ook knelpunten oplevert in de sfeer van de *collectieve* godsdienstuitoefening bleek in 2014. Het Hof achtte het ontzeggen van een steunregeling voor Alevitische gebedshuizen, waar deze wel gold voor de moskeeën die tot de Diyanet gerekend kunnen worden, voor synagogen en bepaal-



de kerkgebouwen, in strijd met het discriminatieverbod (*Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı t. Turkije*, EHRM 2 december 2014, nr. 32093/10, schending art. 9 jo. 14 EVRM). Het betrof hier het recht staatsubsidies voor het elektriciteitsverbruik in deze gebouwen, een subsidie die Alevieten werd onthouden omdat de gebouwen waar zij hun bijeenkomsten houden door Turkije niet als “religieus gebouw” werden gekwalificeerd.

De zaak *İzzettin Doğan e.a.* ligt in het verlengde van deze zaak, maar brengt de Grote Kamer tot een verdergaander eindoordeel. De 203 klagers behoren allen tot de Alevitische gemeenschap. De bejegening van deze islamitische stroming is in de optiek van het EHRM niet enkel in strijd met het discriminatieverbod (volgens 16 van de 17 rechters, Albanees rechter Bianku *dissenting*), maar maakt volgens het Hof op zichzelf ook een schending uit van art. 9 EVRM. Vijf rechters deelden die laatste beoordeling niet. Dit minderheidsstandpunt leverde interessante *dissenting opinions* op. Het meerderheidsoordeel sluit overigens aan bij het minderheidsstandpunt bij het eerdere arrest *Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı t. Turkije*, toen in een *partial dissenting opinion* vertolkt door rechter Sajó, die in het arrest *İzzettin Doğan e.a.* tot de meerderheid hoort.

4. In EHRM-jurisprudentie waarin aspecten van collectieve godsdienstuitoefening aan de orde zijn, geldt als uitgangspunt dat levensbeschouwelijke en religieuze gemeenschappen aan art. 9 EVRM geen aanspraak kunnen ontlenen op belastingfaciliteiten, op een bepaalde financieringswijze of op welke vorm van materiële staatsondersteuning dan ook. Voor deze aangelegenheid, die in elk land nauw verbonden is met de eigen geschiedenis, is geen gemeenschappelijke Europese standaard voorhanden (*Alujer Fernandez en Caballero Garcia t. Spanje*, EHRM, 14 juni 2001 (ontv.), nr. 53072/99; *Savez crkava “Riječ života” e.a. t. Kroatië*, EHRM 9 december 2010, nr. 7798/08, «EHRC» 2011/36 m.nt. van Sasse van Ysselt, par. 56-57; *Magyar Keresztény Mennonita Egyház e.a. t. Hongarije*, EHRM 8 april 2014, nrs. 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12 en 56581/12, «EHRC» 2014/153, par. 91, 100; *Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı t. Turkije*, reeds aangehaald, par. 45; *Association de solidarité avec les témoins de Jéhovah e.a. t. Turkije*, EHRM 24

mei 2016, nrs. 36915/10 en 8606/13, par. 97). Er bestaat op dit terrein een grote diversiteit (cf. John T.S. Madeley, “A Framework for the Comparative Analysis of Church-State Relations in Europe”, *West European Politics* 2003, Vol. 26 nr. 1, 23-50; zie ook par. 60-64 in arrest *İzzettin Doğan e.a.*). Op dit terrein wordt de nationale overheidsinstanties een zekere beleidsmarge gelaten in het bepalen van de wijze waarop de staat samenwerkt met de diverse religieuze gemeenschappen. Ook in het arrest *İzzettin Doğan* is dit het uitgangspunt gebleven (par. 132, 162).

5. Dit houdt onder meer in dat stelsels met een gevestigde kerk (een ‘staatskerk’) op zichzelf niet incompatibel hoeven te zijn met art. 9 EVRM. In 1989 wees de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens er in haar rapport in de zaak *Darby t. Zweden – Zweden* had tot 2000 een staatskerk – op dat “such a system exists in several Contracting States and existed there already when the Convention was drafted and when they became parties to it. However, a State Church system must, in order to satisfy the requirements of Article 9, include specific safeguards for the individual’s freedom of religion. In particular, no one may be forced to enter, or be prohibited from leaving, a State Church”; *Darby t. Zweden*, ECieRM rapport 9 mei 1989, nr. 11581/85, par. 45; zie recenter: *Magyar Keresztény Mennonita Egyház e.a. t. Hongarije*, reeds aangehaald, par. 100). De zaak *Darby* betrof de in Zweden geheven kerkbelasting ten behoeve van de Lutherse kerk. De Turkse overheid zal het eigen “laiklik” systeem (de term is ontleend aan het Franse concept “laïcité”) met de daaraan gekoppelde overheidsfinanciering van bepaalde geloofsgemeenschappen niet willen koppelen aan het idee van een gevestigde religie, maar de diverse door Alevieten aan het EHRM voorgelegde zaken lijken toch in de richting van het bestaan van een staatsreligie te wijzen. Dit blijkt uit de directe betrokkenheid van de staat bij de door het Directoraat beheerde islamitische godsdienstuitoefening (in Turkije en in het buitenland, met name ook in Nederland) en uit het parallelle handhaven van een verbod op islamitische godsdienstuitoefening die niet met de staatsopvatting te rijmen valt.

6. De ruimte die het EHRM laat aan de diversiteit aan kerk- en staatsregimes is begrensd. Welk stelsel ook gekozen is, de beschermde kern van de (collectieve aspecten van) godsdienstvrijheid dient alle geloofsgemeenschappen toe te komen. Als in

een verdragsstaat een steunstelsel in het leven roepen wordt, dan brengt dit bovendien mee dat dit stelsel zo wordt geïmplementeerd dat het niet leidt tot discriminatie (*Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı t. Turkije*, reeds aangehaald, par. 48). Dit vereiste hangt nauw samen met de door de overheid aan de dag te leggen neutraliteit en onpartijdigheid, die onder meer inhoudt dat de overheid de legitimiteit van religieuze of levensbeschouwelijke opvattingen niet behoort te beoordelen.

7. Onder omstandigheden is het mogelijk dat het ontzeggen van een bestaande vorm van overheidssteun, bijvoorbeeld een fiscale voorkeursbehandeling voor onder meer geloofsgemeenschappen, op zichzelf onder het beschermingsbereik komt van art. 9 EVRM en een tekortkoming uitmaakt op de negatieve verplichtingen van de staat. Dit deed zich voor in een Franse zaak over giftenaftrek voor giften aan de geloofsgemeenschap van Jehovagetuigen. Naar aanleiding van een overheidsrapport over sekten (waarin de Jehovagetuigen figureerden) overwoog de Franse overheid dat (strengere) belastingcontroles zouden bijdragen aan het ontregelen van sekten en een eerste stap zouden kunnen vormen bij de ontbinding ervan. Als beoordelingsmaatstaf hanteerde het Hof de mogelijke *impact* van het Franse overheidshandelen op de mogelijkheid om als gemeenschap op materieel voort te bestaan. Een opgelegde naheffingsaanslag had *in casu* als te verwachten resultaat dat gebouwen bestemd voor de eredienst afgestoten hadden moeten worden (*Association Les Témoins de Jéhovah t. Frankrijk*, EHRM 30 juni 2011, nr. 8916/05, «EHRC» 2011/128 m.nt. Groen, par. 52-53; lijn aangehouden in *Association des Chevaliers du Lotus d'Or t. Frankrijk*, EHRM 31 januari 2013, nr. 50615/07, par. 33-34; *Eglise Evangélique Missionnaire et Salaûn t. Frankrijk*, EHRM 31 januari 2013, nr. 25502/07, par. 28-29; *Association Cultuelle du Temple Pyramide t. Frankrijk*, EHRM 31 januari 2013, nr. 50471/07, par. 34-35; *The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 4 maart 2014, nr. 7552/09, «EHRC» 2014/109 m.nt. Gerards). De impact van de maatregel op de godsdienstuitoefening is (disproportioneel) groot en deze impact is, zoals Groen al aangaf in haar annotatie bij *Association Les Témoins de Jéhovah t. Frankrijk*, objectieveerbaar. Omwille van die impact wordt in deze situaties de uitoefening van de godsdienstvrijheid door de betrokken groep vrij-

wel onmogelijk gemaakt, zelfs al gaat het in wezen om een niet-toekennen van een belastingfaciliteit. In deze gevallen staat het “survival” van de geloofsgemeenschap naar het oordeel van het Hof – dat zelfstandig afweegt of dat de impact van de overheidsmaatregel is – op het spel. In de zaak *İzzettin Doğan* zal deze benadering van het Hof een rol spelen, maar met één belangrijk verschil: het Hof laat een zelfstandige toetsing achterwege en lijkt de eigen inschattingen van de klagende partijen doorslaggevend te vinden (zie hierna, nr. 9).

8. De klagers in de zaak *İzzettin Doğan* achtten art. 9 EVRM dan wel art. 9 jo. 14 EVRM geschonden omdat de Turkse staat hun verzoek afwees om (a) de dienstverlening die gepaard gaat met de Alevitische geloofspraktijk te erkennen als een ‘publieke dienst’ zoals deze wordt geboden door de Diyanet, (b) de Alevitische ‘cemevi’s’ de status van ‘eredienstgebouw’ te verlenen, (c) de Alevitische geestelijke bedienaren in dienst te nemen als ambtenaar en (d) in de staatsbegroting een bijzondere voorziening te treffen voor de Alevitische geloofsuitoefening (par. 10, 11). Stuk voor stuk gaat het in de opsomming (a)-(d) om steunelementen die op zichzelf niet zijn te claimen met een beroep op art. 9 EVRM (hoger, nr. 4).

9. Het Hof analyseert de claims in het licht van “the assessment made by the domestic authorities of the Alevis faith”, een overheidsbeoordeling van het Alevisme die het Hof kwalificeert als “a refusal to recognise the religious nature of that faith” (par. 95). De op deze basis afgewezen claims moeten volgens het Hof worden begrepen als een beperking van de godsdienstvrijheid van de verzoekers. De afwijzing van de erkenning van het Alevisme heeft zodanige consequenties voor de geloofsgemeenschap van de verzoekers (bijvoorbeeld op het vlak van de status van de geestelijke bedienaren en de gebouwen), dat er sprake is van een inbreuk op de rechten ex art. 9 lid 1 EVRM (par. 95). Volgens de Alevitische gemeenschap zelf is het inwilligen van de claims namelijk “essential to its survival” en daarmee acht ze het afwijzen ervan een aantasting van het bestaan zelf van deze geloofsgemeenschap. Het Hof lijkt deze beoordeling zonder meer over te nemen, zodat er onbekommerd aangeknoopt kan worden bij de eerdere uitspraken inzake de toepassing van Franse belastingwetgeving op geloofsgemeenschappen (par. 94) (hoger, nr. 7). Het Hof gaat hier zelf niet over tot een soort impactanalyse (anders in de eerdere uitspraak *Cumhuriyetçi Eğitim Ve*

*Kültür Merkezi Vakfı t. Turkije*, reeds aangehaald, par. 41). Volstrekt nieuw is dit overigens niet. Eerder leek het Hof ook al gewicht toe te kennen aan een subjectieve invulling van de schadelijke impact van overheidsbeleid jegens geloofsgemeenschappen, nl. “that the adherents of a religion *may feel merely tolerated* – but not welcome” *Magyar Keresztény Mennonita Egyház e.a. t. Hongarije*, reeds aangehaald, par. 94).

Vijf rechters volgden de meerderheid niet in het oordeel inzake art. 9 EVRM. Dit levert naast een kort minderheidsstandpunt van de Nederlandse rechter Silvis een uitvoerige *Joint partly dissenting and partly concurring opinion* op van de rechters Villiger, Keller en Kjølbrot. Zij bestrijden de keuze van de meerderheid om de claims die aan de orde waren geweest bij de interne rechtsgang te herleiden tot een beoordeling van de weigering van de staat om het religieuze karakter van het Alevisme te erkennen. Die keuze achten de dissenters niet in overeenstemming met het principe dat de interne rechtsmiddelen uitgeput moeten zijn. Ook gaan ze niet mee in het oordeel over de impact (de “negative consequences or the religious in question”); het (voort-)bestaan van de Alevitische gemeenschappen staat naar het oordeel van de minderheid niét op het spel.

10. In de verwante uitspraak *Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı* (een alevietenorganisatie waarvan İzzettin Doğan overigens de voorzitter is) leidde een vrijwel identieke casuspositie als die in de zaak *İzzettin Doğan* nog tot een andere uitkomst. Daar werd de niet-toekenning aan een Alevitische gemeenschap van een belangrijke vorm van staatssteun getoetst aan het discriminatieverbod (schending art. 9 jo. 14 EVRM) en werd toetsing aan art. 9 EVRM overbodig geacht (*Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı t. Turkije*, reeds aangehaald, par. 54). In 2010 was ditzelfde beslispatroon herkenbaar in het arrest *Savez crkava “Riječ života” e.a.* (schending art. 9 jo. 14 EVRM), zij het dat het Hof in die casus een beroep op art. 9 EVRM wegens bv. het niet verschaffen van mogelijkheden voor het aanbieden van godsdienstonderwijs in scholen, als kennelijk niet-ontvankelijk afwijst (*Savez crkava “Riječ života” e.a. t. Kroatië*, reeds aangehaald, par. 95-96), indachtig het uitgangspunt dat art. 9 EVRM op zichzelf geen aanspraak verleent op vormen van staatsondersteuning. Mogelijk, maar duidelijk is het allerm minst, is deze in de zaak *İzzettin Doğan*

gewijzigde benadering de oorzaak voor de afstand van rechtsmacht van de Kamer ten gunste van de Grote Kamer.

11. In de beoordeling van de klacht in *İzzettin Doğan e.a.* onder art. 9 EVRM vormt de noodzakelijkheidstoets het kernpunt. Het Hof brengt in herinnering dat de staat als neutrale en onpartijdige organisator van de uitoefening van de diverse geloofsovertuigingen niét aan heeft te sturen op een vorm van eenheidsorganisatie van religies of een voorkeur aan de dag kan leggen voor een bepaalde interpretatie binnen een religie (par. 108) en dat minderheidsposities daarbij bijzondere aandacht behoeven; democratie betekent hier niet dat de visie van een meerderheid steeds de overhand moet krijgen. Er moet daarentegen een evenwicht worden gevonden “which ensures the fair treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position” (par. 109). Ook wordt onder de aandacht gebracht dat het niet aan de staat is te bepalen hoe groepen religieus moeten worden ingedeeld: daarover beslist enkel de groep zelf, op basis van de interne besluitvormingsregel (par. 110). Dit laat verder onverlet dat aan de nationale autoriteiten een *margin of appreciation* gelaten wordt bij het bepalen van de samenwerkingsvormen met de diverse geloofsgemeenschappen, maar het EVRM vereist dat de daarin gegarandeerde rechten praktisch en effectief zijn, wat inhoudt dat de beleids marge voor de staat niet zo ver reikt dat deze de notie van godsdienstige groep (“religious denomination”) zo restrictief kan interpreteren dat daardoor niet-traditionele en minderheidsvormen van religie bescherming ontzegd wordt (par. 114).

12. Deze principes worden toegepast op dat wat het Hof zelf aanduidde als de kern van de klacht, de weigering (...) het religieuze karakter van het Alevitische geloof te erkennen (par. 95). In de afwegingen wordt Turkije aangerekend dat de houding van de autoriteiten op dit punt een inbreuk inhoudt op de organisatie-autonomie van de Alevitische gemeenschap, een kernelement uit de waarborgen in art. 9 EVRM (par. 121). De Turkse overheid bepaalt hier immers tot welke religie de Alevitisch-islamitische gemeenschap gerekend moet worden en identificeert deze bovendien met de (sinds 1925 verboden) “Soefi-orde”. De zwakke rechtspositie van de Alevitische gemeenschap en de wettelijke bepalingen die bepaalde uitingsvormen van het Alevisme verbieden (bijvoorbeeld het gebruik van de titel “dede” door



een alevitische geestelijke leider) doen volgens het Hof twijfel rijzen aan de mogelijkheid voor de leden van deze religieuze groep om hun geloof vrijelijk te beoefenen en in geestelijke begeleiding te voorzien zonder de wet te overtreden. Dat de Turkse overheid hierbij tolerant optreedt, doet volgens het Hof niet terzake omdat, waar het gaat om het verschaffen van rechten op dit vlak, tolerantie geen substituuut is voor erkenning (par. 127). Tenslotte veroorzaakt de afwezigheid van een helder juridisch kader ten behoeve van niet-erkende religieuze groepen als die van de Alevi's voor deze groepen bijkomende juridische, organisatorische en financiële problemen. Op grond van deze elementen is het Hof niet overtuigd dat de overheid de Alevitische gemeenschap in staat stelt haar art. 9 EVRM-rechten uit te oefenen. De overheid is hierbij, omdat hiervoor geen relevante en voldoende verklaring gegeven is, de haar toekomende beleids marge te buiten gegaan (par. 133 en 135).

13. Deze aanpak van het Hof roept vragen op. Het feit dat de Turkse autoriteiten het religieuze karakter van het Alevisme niet erkennen kwalificeren als een schending van art. 9 EVRM is één ding, het duiden van de betekenis van dat oordeel voor de diverse onderliggende concrete claims (zie de opsomming hoger, nr. 8) is iets anders. Uit het oordeel van het Hof afleiden dat de claims op alle genoemde onderdelen zonder meer rechtmatig zijn (en het niet inwilligen ervan een schending uitmaakt van art. 9 EVRM), lijkt me nogal gewaagd, omdat dat neer zou komen op het sommeren van de Turkse staat om het model van het Directoraat voortaan zo in te richten dat een aanzienlijk deel van de "publieke dienst" die het op godsdienstig terrein biedt zo wordt opgedeeld dat voortaan recht wordt gedaan aan de behoeften van de Turkse Alevitische gemeenschap (of minstens van dat deel van deze gemeenschap dat beroep wil doen op staatsmiddelen). Meer dan een halve eeuw geleden is een vergelijkbare herstructurering van het Directoraat voorgesteld maar afgewezen (S. Kutlu, "The Presidency of Religious Affairs' Relationship with Religious Groups (Sects/Sufi Orders) in Turkey" *The Muslim World* Vol. 98, 2008, p. 250) Het zou neerkomen op het scheppen van een nieuw ambtenarenkader en het vrijmaken van overheidsbudget voor een deelstroming binnen de Turkse islam. Dit reikt dus verder dan het wijzigen van het statuut van de 'cemevi's' of het ruimte bieden aan het gebruik van de titel

'dede' door Alevitische geestelijke leiders. Een aanpassing van de wetgeving op deze laatste twee punten zou ervoor zorgen dat het Alevisme in een 'erkend' statuut terechtkomt dat enigszins vergelijkbaar is met dat van de andere joodse en christelijke erkende geloofsgemeenschappen (met name voor wat betreft het statuut van de gebouwen: zie par. 25). Het impliceert een erkenning van het religieuze karakter van het Alevisme. Het zou er naar mijn oordeel ook toe leiden dat de situatie van het Alevisme dan dermate wijzigt dat deze niet meer bedreigend is voor de "survival" (zie par. 94) van de gemeenschap.

14. De EHRM-rechtspraak liet tot op heden toe dat op dit gevoelige terrein op nationaal niveau keuzes gemaakt zouden kunnen worden die zelfs een bijzondere positie verschaffen aan een geloofsgemeenschap die de meerderheid vormt (of vormde) in een land. Veel Europese staten, ook deze zonder staatskerk, kennen een kerk- en staatsysteem waarin onderscheid gemaakt wordt tussen categorieën geloofsgemeenschappen. Nederland is een van de weinige landen die dergelijke opdelingen niet kent. Het Turkse stelsel, waarin verschillende niveaus van erkenning en steun zijn ontstaan en waarbij de islam sinds de stichting van de republiek een verregaand door de overheid (het Directoraat) gereguleerde, gecontroleerde en gesteunde godsdienst is, een soort staatsgodsdienst, hoeft dus op zichzelf niet op gespannen voet te staan met art. 9 EVRM. Het feit dat niet alle religies in Turkije in aanmerking komen voor het gunstregime dat het Directoraat in petto heeft voor de soennitische hoofdstroming hoeft geen probleem te vormen en leidt, als de impact daarvan op het voortbestaan van een gemeenschap te verwaarlozen is, niet tot een toetsing aan art. 9 EVRM. De door de nationale overheid gemaakte keuzes roepen wellicht wel vragen op het vlak van de gelijke behandeling (zie hoger, nr. 6).

15. Hierbij moet wel worden toegegeven dat het Hof in een uit 2014 daterende analyse van de positieve verplichtingen die af te leiden zijn uit art. 9 EVRM ruimte geeft voor een minder terughoudende benadering, ook waar het de mogelijkheden tot het ontvangen van *staatssteun* betreft: "The Court cannot overlook the risk that the adherents of a religion may feel merely tolerated – but not welcome – if the State refuses to recognise and support their religious organisation whilst affording that benefit to other denominations", een benadering die uitgaat van een (minstens deels)

subjectieve kwalificatie van de rechtspositie van de betrokken geloofsgroep, een “situation of perceived inferiority” (*Magyar Keresztény Mennonita Egyház e.a. t. Hongarije*, reeds aangehaald, par. 94).

16. Het impactcriterium, dat in de recente Straatsburgse jurisprudentie een vaste plaats lijkt te hebben verworven bij het beoordelen van de vraag of een claim van een geloofsgemeenschap beoordeeld moet worden onder art. 9 EVRM, verdient wel verduidelijking. Is in de eerdere zaken door het Hof helder gemaakt – geobjectiveerd – wat de betwiste overheidsmaatregel betekent voor het voortbestaan van een geloofsgemeenschap en dus voor de gemeenschappelijke godsdienstvrijheid (zie hoger, nr. 7), in deze uitspraak blijft de eigen toets van het Hof achterwege. Dat valt te betreuren, omdat de claims van de Alevitische gemeenschap zeer verschillend van aard zijn, variërend van het aanvechten van enkele specifieke verbodsbepalingen tot het vragen om een aandeel in het staatsbudget.

17. Vervolgens is er de beoordeling van de klacht onder art. 9 en 14 EVRM, vestigt het Hof de aandacht op de toepasselijkheid van art. 14 EVRM in situaties waar de staat in vrijheid beslist om in de sfeer van de door het verdrag gegarandeerde rechten *aanvullende rechten* toe te kennen en dat discriminerende maatregelen in dat geval niet toelaatbaar zijn (par. 158). Opnieuw wijst het Hof op de appreciatiemarge waarover staten op dit terrein beschikken, “as no single model exists in Europe governing relations between the State and religious communities” (par. 162). De door een verdragsstaat gemaakte keuze, bijvoorbeeld het voorzien van een stelsel waarin aan religieuze gemeenschappen voordelen worden toegekend, ontslaat hem echter niet van het nakomen van de plicht tot neutraliteit en onpartijdigheid, die onder meer inhoudt dat het gekozen stelsel open moet staan voor andere geloofsgemeenschappen en dat de steunverleningscriteria non-discriminatoir worden toegepast (par. 164; zie reeds *Alujer Fernández and Caballero García t. Spanje*).

18. Bij de beoordeling wordt de positie van de Alevi-gelovigen, die geen gebruik kunnen maken van een “publieke dienst”, afgezet tegen die van andere (moslim-)burgers die dat wél kunnen, gezien de religieuze inhoud van het aanbod van het Directoraat. De positie van twee van elkaar verschillende deelstromingen van de islam staat daarmee centraal, evenals de door de staat gemaak-

te keus voor één van die twee stromingen (door de staat consequent omschreven als een benadering van de islam die níét aan een deelstroming gebonden is maar ruimte biedt aan alle moslims). Dat hiermee een zowel in historisch opzicht als demografisch opzicht belangrijke groep Alevitische burgers uitgesloten is van een aanbod dat aan een ieder (voorzover die moslim is) gelijkelijk moet toekomen, vormt een ongelijke behandeling waarvoor een rechtvaardiging ontbreekt. Het verschil in behandeling is ook zichtbaar in de bijzondere restricties die de Alevitische gemeenschap treffen, restricties die niet gelden voor joodse en bepaalde christelijke geloofsgemeenschappen.

19. Het Hof is niet te overtuigen van het standpunt van de Turkse overheid dat het verschil in behandeling, voortvloeiend uit het feit dat het Directoraat de dienstverlening als ‘supra-denominational’ kenschetst, als doel heeft het seculiere karakter van de staat te bewaren. Het kan niet inzien hoe dat doel bereikt zou kunnen worden door het Alevi-geloof het religieuze karakter te ontzeggen of de aanhangers ervan de voordelen van de aan de islam toegedachte ‘publieke dienst’ te ontzeggen. Deze bejegening van de Alevitische gemeenschap (het negeren van de specifieke behoeften van de Alevitische gemeenschap) is naar het oordeel van het Hof onverenigbaar met de overheids-taak om een “echt” religieus pluralisme te handhaven (par. 178). Het Turkse steunstelsel ontbeert volgens het Hof neutrale criteria en biedt geen garanties tegen discriminatie van aanhangers (par. 182). Een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het vastgestelde onderscheid ontbreekt (par. 185).

20. De redenering die het EHRM ontvouwt om tot de conclusie te komen dat de Turkse overheid art. 14 jo. 9 EVRM schond, door de wijze waarop de aanhangers van de Alevitische gemeenschap worden behandeld in vergelijking met de gelovigen die gebruik maken van de door het Turkse Directoraat aan de meerderheid verschaft faciliteiten, sluit aan bij de manier waarop het Hof de eerdere vergelijkbare klachten afhandelde, met name de zaak van de electriciteitssubsidies voor Alevitische ‘cemevi’s’ (*Cumhuriyetçi Eğitim Ve Kültür Merkezi Vakfı t. Turkije*, reeds aangehaald, par. 39-52). Bijzonder is echter dat, anders dan in die laatste zaak, de nadruk is komen te liggen op het aspect ‘ongelijke toegang tot een publieke dienst’ (i.c. de dienstverlening door het Directoraat ten behoeve van islamitische godsdienstuitoe-

fening)(zie par. 167). Hierdoor is de vergelijking er een geworden binnen één enkele religieuze stroming en wordt, de redenering van de Turkse overheid volgend dat er een dienst aan de aanhangers van deze ene godsdienstige stroming geboden wordt, de positie van de Alevieten (“a sizeable community”, par. 169) in dat intra-religieuze *frame* beoordeeld. Dit zorgt ervoor dat enkele interessante vragen over het Turkse stelsel niet beantwoord (behoefden te) worden.

21. Eerst is er de vraag naar de beoordeling van mogelijke gelijkaardige claims van andere dan islamitische religies, minderheden dus. Denkbaar is dat het afwijzen van claims op gelijkwaardige steun gebaseerd wordt op getalscriteria (minimum aanhang); veel geloofsgemeenschappen hebben een uiterst geringe aanhang, het zijn geen “sizeable communities”. Het EHRM heeft zich nog niet uitgesproken over de aanvaardbaarheid van de in nationale stelsels gehanteerde getalsdrempels, maar heeft al wel duidelijk gemaakt dat het de toepassing ervan bijzonder nauwlettend volgt. Overheidshandelen waarbij de vastgestelde drempels genegeerd worden leidde al tot het vaststellen van een schending van art. 14 jo 9 EVRM (*Savez crkava “Riječ života” e.a. t. Kroatië*, reeds aangehaald, par. 94). In de Turkse context zal dit, even afgezien van de hier besproken positie van de grote Alevitische gemeenschap, niet snel tot problemen leiden waar het de bijzondere privileges betreft die via het Directoraat zijn weggelegd voor de islamitische geloofsbeleving.

22. Anders is dat voor de ook aan sommige christelijke en joodse gemeenschappen op basis van oude verdragen (zoals het verdrag van Lausanne) toekomende rechten, bijvoorbeeld deze die samenhangen met het erkennen van kerken en synagogen als “gebouwen voor de eredienst”. De achterban van sommige van deze op historische gronden “erkende” gemeenschappen is bijzonder klein of is bijzonder klein geworden (het laatste geldt voor de Grieks-Orthodoxe godsdienst, met nog ongeveer 5.000 gelovigen). Denkbaar is dat verhoudingsgewijs grotere religieuze niet-islamitische minderheden (de 35.000 gelovigen tellende Rooms-katholieke Kerk bijvoorbeeld) op een met de Alevieten vergelijkbare wijze steunelementen gaan claimen op basis van art. 9 jo. 14 EVRM. En evenzeer is denkbaar dat de vele kleinere islamitische (maar soms honderdduizenden aanhangers tellende) deelgroepen rechten gaan claimen die kleinere christelijke of joodse

gemeenschappen genieten. Het zal aankomen op de objectieve en redelijke verantwoording van de verschillende behandeling.

23. Het hier besproken arrest illustreert dat de nationale kerk en staat-stelsels, hoezeer ook het principe wordt hooggehouden dat deze onderling sterk van elkaar mogen verschillen, van langsom meer aan een soms diepgaande toets van het EHRM worden onderworpen. Uit de Turkse jurisprudentie blijkt dat, hoezeer het Hof ook ruimte laat aan de voor het zelfverstaan van de staat belangrijke principes als die van het ‘secularisme’ (zo prominent in de zaken- *Sahin t. Turkije* en *Refah Partisi t. Turkije*, reeds aangehaald), de regel geldt: ‘the proof of the pudding is in the eating’. Wat door de staat als “secularisme” wordt opgediend, smaakt soms meer naar een “established church”-stelsel waarin aan andere geloofsovertuigingen onvoldoende ruimte wordt gelaten.

A.J. Overbeeke

Vrije Universiteit Amsterdam / Universiteit Antwerpen

## 168

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

26 april 2016, nr. 19920/13

(Laffranque (President), Karakaş, Sajó, Vučinić, Gričco, Turković, Kjølbros)

Noot mr. J.L.W. Broeksteeg

**Verenigingsvrijheid. Politieke partij. Partijfinanciering. Voorzienbaarheid.**

[EVRM art. 6, 11]

*Klager is een Turkse politieke partij. Het Turkse Constitutioneel Hof voert jaarlijks financiële onderzoeken uit ter zake van politieke partijen, mede omdat partijen door de overheid gefinancierd worden. Het Constitutioneel Hof heeft ten aanzien van de politieke partij van klager over de jaren 2007, 2008 en 2009 geconstateerd dat er onzorgvuldigheden waren, waarbij onder meer bedragen zijn opgevoerd zonder dat er bonnetjes waren en dat uitgaven zijn gedaan die niet in het belang van de doelstellingen van de partij zijn, niet de rechtspersoon van de partij betreffen, dan wel buiten de politieke activiteiten van de partij vallen. De partij moet (omgerekend) in totaal ruim 2,5 miljoen euro*

*aan de staat terugbetalen. Het EHRM onderzoekt deze zaak onder art. 11 EVRM, waarbij het vooropstelt dat reguliere financiële controles geen schending van deze bepaling opleveren vanwege de noodzaak van 'accountability' en openbaarheid. Er is over de precieze vormgeving van dit soort toezicht geen Europese consensus en er bestaat een ruime margin of appreciation voor staten op dit punt. Omdat in casu sprake is van een aanzienlijke impact op de activiteiten van klager, neemt het Hof aan dat art. 11 EVRM van toepassing is. Het benadrukt dat dit soort onderzoeken nooit een dekmantel voor de overheid mag zijn voor het uitoefenen van controle op politieke partijen. Juist daarom moeten hoge eisen worden gesteld aan de voorzienbaarheid van de wetgeving op dit punt, zoals ook de Venetiëcommissie heeft vastgesteld. In dit geval is onduidelijk hoe de doelstellingen van een politieke partij worden bepaald waarvoor uitgaven legitiem mogen worden gedaan. De regels hierover kunnen weliswaar geen absolute precisie verschaffen, maar de wet geeft geen enkele indicatie en er bestonden geen precedents waaruit de betekenis van de regel kan worden afgeleid. In een aantal andere gevallen is sprake van inconsistente rechtspraak, zodat de regeling tot aanzienlijke rechtsonzekerheid leidde. Daarnaast maakt de wet niet duidelijk welk handelen leidt tot een waarschuwing, en welke tot terugbetaling. Gelet daarop zijn de hier getroffen maatregelen voor de partij onvoldoende voorzienbaar. Nu het Hof vaststelt dat er geen goede wettelijke basis was, hoeft het niet meer te onderzoeken of de maatregel noodzakelijk was. Schending art. 11 EVRM. Van een schending van het redelijkheidstermijnvereiste (art. 6 EVRM) is volgens het Hof geen sprake.*

*Cumhuriyet Halk Partisi*  
tegen  
Turkije

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## NOOT

1. Politieke partijen kennen diverse bronnen van inkomsten. De belangrijkste daarvan, en het minst omstreden, is de ledencontributie. Een andere belangrijke inkomstenbron is partijfinanciering door de overheid. Deze is wel omstreden. Deze financiering is (niet alleen in Nederland) nodig omdat politieke partijen door teruglopende leden-

aantallen en daarmee door verminderde contributie-inkomsten niet langer hun meest essentiële taken kunnen vervullen, zoals rekrutering van nieuwe leden en van nieuwe volksvertegenwoordigers, het opstellen van verkiezingsprogramma's, scholing, het onderhouden van een jongerenafdeling, een wetenschappelijk instituut, etc. In plaats van contributie neemt partijfinanciering door de overheid een steeds prominentere plek in op de inkomstenkant van de begroting. De kritiek luidt dat politieke partijen te zeer zouden leunen op partijfinanciering door de overheid en daardoor te 'lui' worden voor wat betreft ledenwerving. Meer principieel is de kritiek dat de overheid politieke partijen financiert, terwijl deze juist de luis in de pels van dezelfde overheid moeten zijn. Als de partijfinanciering in de vorm van een subsidie wordt verstrekt, kan dezelfde overheid voorwaarden aan de besteding stellen en daarmee invloed uitoefenen op de politieke partijen die haar kritisch zouden moeten volgen. Niettemin, als politieke partijen slechts afhankelijk zouden zijn van contributiebetaling door hun leden, zou hun positie verzwakken, terwijl goed functionerende politieke partijen in een parlementaire democratie van het grootst mogelijke belang zijn. Bovendien zou financiering door de overheid partijen minder afhankelijk maken van financiering (en wellicht invloed) door private donateurs. Hoe men tegen dit dilemma aankijkt, is afhankelijk van de wijze hoe men democratie benadert. In een *free market-place of ideas* bestaat weinig regelgeving ter zake van politieke partijen en ligt partijfinanciering door de overheid evenmin voor de hand. In een *Streitbare Demokratie* daarentegen zijn politieke partijen verdergaand gereguleerd en ligt het meer voor de hand dat de overheid financieel bijdraagt aan deze partijen omdat hun functioneren, zoals gezegd, essentieel is voor de democratie en zij daarom (onder meer) financiële bescherming verdienen (zie uitgebreid de diverse bijdragen in: Broeksteeg/Tinnevelt (red.), *Politieke partijen als anomalie van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2015). Dit is, toegegeven, een zwart-wittegenstelling, maar zij geeft wel weer welke moeilijke afwegingen overheden moeten maken ten aanzien van het onderwerp van partijfinanciering. Het EHRM deed eerder uitspraken over financiering van politieke partijen, maar dat betrof voornamelijk een toets aan art. 3 Eerste Protocol (zie hierna, randnr. 2). Deze Turkse zaak is, voor zover ik kan nagaan, de eerste waarbij het Hof

aan art. 11 EVRM toetst (zie randnr. 3 en 4). Voor het resultaat maakt dat echter niet veel uit (zie randnr. 4). Ten slotte ga ik in op de partijfinanciering door de Nederlandse overheid (zie randnr. 5).

2. In een eerdere Turkse zaak oordeelde het EHRM dat financiering van politieke partijen door de overheid onder de reikwijdte van art. 3 Eerste Protocol kan vallen. Het Hof constateerde in *ÖDP t. Turkije* dat het doel van partijfinanciering is het mogelijk maken van een pluralistische politiek en het bijdragen aan het goede functioneren van de democratische instellingen. Partijfinanciering kan, aldus het Hof, corruptie tegengaan en een al te grote afhankelijkheid van private donateurs vermijden. In de betreffende zaak lag de vraag voor welke politieke partijen recht hebben op partijfinanciering. De Turkse autoriteiten mochten, zo stelde het Hof vast, de financiering beperken tot de politieke partijen die een bepaald percentage van de stemmen hebben behaald. Dat percentage mag niet al te hoog zijn (*ÖDP t. Turkije*, EHRM 10 mei 2012, nr. 7819/03, «EHRC» 2012/144 m.nt. Broeksteeg). Andere zaken betreffen afzonderlijke aspecten van de partijfinanciering, zoals verplichtingen die daaraan verbonden zijn. Zo is de verplichting voor politieke partijen om een financieel rapport te overleggen (als voorwaarde voor deelname aan verkiezingen) niet in strijd met art. 3 Eerste Protocol. Het legitieme doel is het respecteren van de regels van financiële transparantie – en daarmee het inzichtelijk maken van de bronnen van inkomsten (*Ekoglasnost t. Bulgarije*, EHRM 6 november 2012, nr. 30386/05, «EHRC» 2013/18 m.nt. Broeksteeg). De Franse autoriteiten mochten weigeren om een politieke partij in te schrijven in het financieel register – waarmee tevens partijfinanciering werd geweigerd – omdat de partij inkomsten ontving van een Baskische politieke partij uit Spanje (*Parti Nationaliste Basque t. Frankrijk*, EHRM 7 juni 2007, nr. 71251/01, «EHRC» 2007/87 m.nt. Kiiver). Daarnaast heeft het Hof geoordeeld over andere vormen van steun van de overheid aan politieke partijen. Zo oordeelde het Hof dat de verdragsstaten de positieve verplichting kunnen hebben om in de media verschillende politieke opvattingen te laten zien, bijvoorbeeld door het ter beschikking stellen van gratis zendtijd op televisie (*Communist Party of Russia e.a. t. Rusland*, EHRM 19 juni 2012, nr. 29400/05, «EHRC» 2012/189 m.nt. Broeksteeg). Kortom, de verdragsstaten kunnen

onder omstandigheden de verplichting hebben om politieke partijen te faciliteren. Pluriformiteit van politieke partijen lijkt daarbij een belangrijk argument.

3. *In casu* toetst het Hof, zoals gezegd, niet aan art. 3 Eerste Protocol, maar aan art. 11 EVRM. In Turkije zijn politieke partijen verplicht om hun jaarrekening te overleggen aan het Constitutionele Hof, dat is belast met het toezicht op de financiën van politieke partijen. In de jaarrekeningen van klager over 2007, 2008 en 2009 zijn onregelmatigheden geconstateerd: diverse uitgaven zouden niet zijn gemaakt in het licht van het doel van de politieke partij of door de rechtspersoon van de partij. Andere uitgaven waren niet onderbouwd met documenten. Als gevolg daarvan werden grote bedragen van de partij geconfisqueerd, in totaal ruim 1,6 miljoen euro. De politieke partij stelt dat dit bedrag dermate substantieel is dat daarmee haar politieke activiteiten worden beperkt, en dat daarom art. 11 EVRM is geschonden (par. 62, 66). Evenals in de onder 2 genoemde *ÖDP*-zaak benadrukt het Hof dat toezicht op de financiën van politieke partijen nodig is vanwege verantwoording en transparantie, hetgeen bijdraagt aan het publieke vertrouwen in het politieke proces. De kiezer moet inzicht kunnen hebben in de inkomsten en uitgaven van een politieke partij (par. 69). Er is geen uniforme praktijk in de verdragsstaten ten aanzien van het toezicht op financiën van politieke partijen; er bestaat een relatief ruime *margin of appreciation* ter zake. De grens is gelegen in toezicht dat de activiteiten van politieke partijen beperkt (par. 71). *In casu* had de 'boete' een vergaand effect op de politieke partij, in het bijzonder op de lokale afdelingen, de jongeren- en de vrouwenorganisatie en het scholingsprogramma. Het Hof neemt daarom aan dat de inbeslagname van gelden onder de reikwijdte van art. 11 EVRM valt. Dat overtuigt (mij) niet bij voorbaat. Zoals het Hof in een schema weergeeft (par. 13), is het bedrag dat de partij moest terugbetalen aan de Staat gelijk aan het bedrag aan onrechtmatige uitgaven. Het lijkt mij niet onlogisch dat (apert) onrechtmatige uitgaven worden terugbetaald. De verenigingsvrijheid is daarom mijns inziens niet in het geding door de terugbetaling *an sich*. Het gaat er veeleer om dat de wet bepaalt waaraan politieke partijen de toegekende gelden mogen besteden. Met andere woorden: als de wet de vrijheid van politieke partijen beperkt om middelen naar eigen inzicht



te besteden, is art. 11 EVRM van toepassing. Dat is hier het geval: reeds de wet en niet de terugbetaling van gelden beperkt de verenigingsvrijheid. 4. Zoals gezegd toetst het Hof vervolgens of de beperking voorzien was bij de wet (par. 86). Zoals hiervoor al uiteen is gezet, werden uitgaven van de politieke partij in kwestie als onrechtmatig beschouwd, omdat zij in strijd waren met de doelen van de politieke partij, omdat zij niet waren gedaan door de rechtspersoon van de partij, dan wel omdat zij niet werden ondersteund door de nodige documenten. In 2011 is de Turkse Wet op de politieke partijen herzien, waardoor het criterium 'de doelen van de politieke partij' nader is ingevuld, maar deze wetwijziging trad pas in werking nadat de partij haar jaarrekeningen moest overleggen. De toepasselijke regelgeving is, aldus het Hof, onvoldoende precies (par. 90). Wel heeft het Constitutioneel Hof eerder besluiten genomen over onrechtmatige uitgaven door politieke partijen. Het Hof onderzoekt daarom of deze jurisprudentie consistent, duidelijk en voldoende precies is, zodat politieke partijen konden voorzien dat bepaalde uitgaven onrechtmatig zijn (par. 93). Deze jurisprudentie is pas ontstaan in december 2010; de jaarrekeningen van de politieke partij in kwestie waren, zoals gezegd, toen al ingeleverd (par. 94). Bovendien is deze jurisprudentie, aldus het Hof, niet geheel consistent (par. 96). De onvoorzienbaarheid betreft ook de opgelegde sancties. De waarschuwingen werden gegeven zonder een klacht van de openbaar aanklager, hetgeen de wet wel veronderstelt, en zonder een verwijzing naar de relevante bepalingen uit de wet (par. 103). Daarnaast is het niet duidelijk welke uitgaven wel en welke niet gesanctioneerd worden, terwijl uitgaven soms sterk op elkaar lijken (par. 104). 's Hof's conclusie luidt dan ook dat de politieke partij niet in staat was te voorzien welke onrechtmatige uitgaven gesanctioneerd zouden worden met een waarschuwing of met terugbetaling. Het Hof sluit af met wat algemene overwegingen alvorens tot een conclusie te komen (par. 106). Het overweegt dat politieke partijen veel activiteiten ontplooiën die soms puur politiek zijn en daar soms verder vanaf staan, maar daarmee wel verband houden. Het Hof erkent dat het moeilijk is om uitgebreide criteria vast te stellen die bepalen of een activiteit verband houdt met de doelen van een politieke partij. Omdat politieke partijen zo'n belangrijke rol vervullen in de democratische samenleving en regelgeving ten aanzien van politie-

ke partijen hun vrijheid van vereniging kan beperken, moet regelgeving ter zake een redelijke indicatie geven over hoe bepalingen daarvan worden geïnterpreteerd en toegepast. *In casu* was daarvan geen sprake.

5. Was deze zaak nu anders geweest indien de politieke partij niet had geklaagd over een schending van art. 11 EVRM, maar over een schending van art. 3 Eerste Protocol? Zoals hiervoor weergegeven, kan partijfinanciering onder de reikwijdte van art. 3 Eerste Protocol vallen. Dat zal het geval zijn als de wet deze partijfinanciering reguleert. Art. 3 Eerste Protocol kent weliswaar niet het criterium dat een beperking bij de wet moet zijn voorzien, wel komt in de jurisprudentie over deze bepaling vaak aan de orde dat besluiten ten aanzien van de onderwerpen die onder de reikwijdte van art. 3 Eerste Protocol vallen, niet willekeurig genomen mogen worden. Het willekeurcriterium betekent dan dat wetgeving voldoende duidelijk en precies dient te zijn, waardoor bestuurlijke of rechterlijke beslissingen op grond hiervan niet arbitrair genomen worden (J.L.W. Broeksteeg, 'Art. 3 Eerste Protocol – Het recht op vrije verkiezingen', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: Sdu 2013, p. 1356 e.v.). Het ligt voor de hand dat het Hof bij een toets aan art. 3 Eerste Protocol tot de conclusie zou zijn gekomen dat hier sprake is van willekeurige besluitvorming door het Turkse Constitutionele Hof. De argumentatie verschilt, maar het zou – wederom vermoedelijk – *de facto* geen verschil hebben gemaakt of de Turkse politieke partij een beroep had gedaan op art. 3 Eerste Protocol in plaats van op art. 11 EVRM.

6. Heeft deze uitspraak gevolgen voor de Nederlandse regelgeving ter zake, in het bijzonder de Wet financiering politieke partijen (Wfpp)? Ik zou menen dat deze wet voldoende duidelijk weergeeft wat de subsidiabele activiteiten zijn (art. 7 lid 2 en art. 9 Wfpp). De minister verleent subsidie (art. 7 lid 1 Wfpp) en stelt die ook vast (art. 12 Wfpp). Hoewel niet expliciet beschreven in de Wfpp volgt uit de systematiek van subsidies, zoals mede is vastgelegd in de Awb, dat deze lager kunnen worden vastgesteld, bijvoorbeeld als uitgaven gedaan zijn in strijd met de wet. Ook de administratieve verplichtingen zijn beschreven (art. 20 e.v. Wfpp), waarbij politieke partijen – en dat lijkt mij cruciaal – een schriftelijke verklaring van de accountant aan de jaarrekening moeten toevoegen (art. 25 en 26 Wfpp). Aldus wordt een



oordeel over de uitgaven overgelaten aan een onafhankelijke deskundige. Verder bestaat er een Commissie toezicht financiën politieke partijen, die de minister adviseert over de toepassing van enkele besluiten die de minister op grond van de Wfpp kan nemen (art. 35 Wfpp). Ik vind dit overigens een zwak element in de wet: een politieke ambtsdrager, lid van een politieke partij, moet besluiten nemen ten aanzien van andere politieke partijen of ten aanzien van zijn eigen partij. Het ware beter geweest het nemen van deze besluiten op te dragen aan de Kiesraad, een onafhankelijk en meerhoofdig orgaan. De minister kan, ten slotte, bestuurlijke boetes opleggen indien een politieke partij niet meewerkt aan – kort weergegeven – de uitvoering van de Wfpp (art. 37 Wfpp). Daarmee biedt de Wfpp mijns inziens een regeling die betrekkelijk gedetailleerd de partijfinanciering regelt. Van besluiten op grond van deze wet, die politieke partijen onvoldoende kunnen voorzien, is mijns inziens niet snel sprake.

J.L.W. Broeksteeg  
Radboud Universiteit

## 169

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
10 mei 2016, nr. 49867/08  
(Laffranque (President), Karakaş, Vučinić,  
Lemmens, Turković, Kjølborg, Mourou-Vikström)  
Noot dr. M. den Heijer

**Onmenselijke en vernederende behandeling.  
Recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel.  
Recht op vrijheid. Asiel. Uitzetting. Oezbeki-  
stan. Turkije. Iran. Slachtoffervereiste.**

[EVRM art. 3, 5, 13, 34]

*Klager is vanuit Oezbekistan gevlucht voor politieke en religieuze vervolging. Nadat hij enkele jaren in Iran heeft verbleven als asielzoeker maar niet als erkend vluchteling, is hij doorgereisd naar Turkije, waar hij bij het UNHCR-kantoor in Van een asielverzoek heeft ingediend. Terwijl dat verzoek nog aanhangig was, is hij gedetineerd en samen met anderen uitgezet naar Iran. Aan de Turks-Iraanse grens is hij gegijzeld door mensensmokkelaars, die hem na betaling vrijlieten waarna hij terugkeer-*

*de naar Turkije. Sindsdien is hij ondergedoken in Turkije, maar is er geen uitzettingsbevel tegen hem uitgevaardigd.*

*Het EHRM buigt zich allereerst over de vraag of Turkije kon weten dat er bij uitzetting naar Iran een reëel risico bestond dat men klager daar zou doorsturen naar Oezbekistan, met het gevaar op een met art. 3 EVRM strijdige behandeling. In een eerdere zaak tegen Oezbeekse klagers die vanuit Turkije naar Iran zijn uitgezet werd een dergelijke klacht kennelijk ongegrond verklaard, maar het Hof geeft aan dat de zaak van klager anders is, nu hij minder lang in Iran heeft verbleven en daar niet de status van vluchteling had. Hoe dan ook is vereist dat Turkije de concrete risico's goed onderzoekt, en de Turkse regering heeft geen documentatie geleverd waaruit blijkt dat het zulks heeft gedaan. Schending art. 3 EVRM. De klacht over art. 3 jo. 13 EVRM in verband met de huidige situatie van klager verklaart het Hof niet-ontvankelijk vanwege het ontbreken van een slachtofferstatus, nu niet duidelijk is geworden dat er een concreet risico is van uitzetting. Weliswaar heeft het Hof in eerdere, vergelijkbare, Turkse zaken wel slachtofferschap aangenomen, maar inmiddels is de wetgeving veranderd die betere waarborgen biedt, zoals die van notificatie en schorsende werking bij instellen van beroep. De stelling van klager dat nog niet bewezen is dat de nieuwe procedure werkt en dat er altijd nog een risico van spontane uitzetting bestaat, wijst het Hof van de hand. De klachten over art. 5 EVRM in verband met de eerdere detentie met het oog op deportatie verklaart het Hof gegrond onder verwijzing naar zijn uitspraken in vergelijkbare zaken.*

*Babajanov  
tegen  
Turkije*

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## NOOT

1. Bovenstaande uitspraak is als een thermometer in het Turkse asielbeleid en de moeite waard juist tegen de achtergrond van de Europese afspraken met Turkije over de beheersing van migratie. Het Hof geeft Turkije het voordeel van de twijfel op grond van de inwerkingtreding van deugdelijke asielwetgeving in 2014, maar heel overtuigend gaat het niet. Uitzettingen van Griekenland naar Turkije liggen thans stil omdat Griekse rechters

oordeelden dat Turkije geen veilig derde land is (zie een Engelse vertaling van één Griekse uitspraak: [https://www.eerstekamer.nl/bijlage/20160603/griekse\\_uitspraak\\_in\\_zake\\_het\\_niet/document3/f=vk4m914hdass.pdf](https://www.eerstekamer.nl/bijlage/20160603/griekse_uitspraak_in_zake_het_niet/document3/f=vk4m914hdass.pdf)).

2. Het betreft een Oezbeek die in 1999 zijn land ontvluchtte omdat hij vervolging vreesde op grond van zijn Islamitische geloof. Na verblijf in Tadzjikistan, Afghanistan, Pakistan en Iran komt hij aan in Turkije in 2007. Hij wordt in 2008 met 28 anderen gedeporteerd naar Iran, aan de grens geïjzeld door mensensmokkelaars en keert dan, na zich te hebben vrijgekocht met hulp van derden, direct terug naar Turkije. Daar verblijft hij sedertdien onder de radar. Het Hof heeft geen moeite om de deportatie in strijd te bevinden met art. 3 EVRM, nu zij niet omgeven was met de vereiste procedurele waarborgen.

3. Moeilijker ligt de klacht dat er een schending is van art. 3 en 13 EVRM vanwege de aanhoudende dreiging met uitzetting na zijn terugkeer naar Turkije. Turkije voerde aan dat de in april 2014 in werking getreden wet nr. 6458, waarin de status van asielzoekers en vluchtelingen wordt geregeld, afdoende bescherming tegen uitzetting biedt. Het Hof was er kennelijk niet op gerust en verzocht tijdens de procedure de Turkse regering om kopieën van rechterlijke beslissingen in uitzettingszaken gedaan op basis van de nieuwe wetgeving. Die worden overgelegd, maar betreffen niet asielzoekers, zo merkt het Hof op. Ook voor het overige wordt geen materiaal aangedragen door de partijen waaruit de aan- of afwezigheid van een dreiging met uitzetting kan worden afgeleid. En dan volgt de wankel overweging dat “[i]n the light of the aforementioned provisions of Law no. 6458, there appear to be strong indications that, following the entry into force of the new legislation, it is open to the applicant to contact the national authorities in order to claim international protection ...”; en dat, in geval van een uitzettingsbevel, verzoeker daartegen een procedure kan entameren in overeenstemming met de nieuwe wettelijke garanties (par. 79).

4. Op papier is het in orde, maar het Hof rond af met de overweging dat het geen voorschot neemt op toekomstige zaken die gaan over de toepassing van wet 6458. Het is eerder voorgekomen dat het Hof terug moest komen op een gegund voordeel van de twijfel. Zie *K.R.S. t. Verenigd Koninkrijk* (EHRM 2 december 2008, nr. 32733/08 «EHRC» 2009/20 m.nt. Woltjer), waarin de “presumptie

moest zijn” dat Griekenland zich zou houden aan de nieuwe asielwetgeving; en *M.S.S. t. België en Griekenland* (EHRM 21 januari 2011 (GK), nr. 30696/09, «EHRC» 2011/42 m.nt. Woltjer), waarin een concreet geval aantoonde dat op de wetgeving geen acht werd geslagen.

M. den Heijer

Universitair docent Internationaal Recht, UvA

## 170

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
10 mei 2016, nr. 37158/09  
(Laffranque (President), Karakaş, Vučinić,  
Griţco, Turković, Kjølbros, Ravarani)

**Recht op leven. Geweld met dodelijk gevolg.  
Rechtvaardiging. Absolute noodzaak. Onvol-  
doende zorgvuldig onderzoek.**

[EVRM art. 2]

*Klagers zoon werd gezocht wegens zijn actieve lidmaatschap van de PKK. Toen hij bij een familie-picknick plotseling wel kwam opdagen, werd hij – zonder waarschuwing – door de politie in zijn rug geschoten. Hij overleed aan zijn verwondingen. Volgens de nabestaanden was hier sprake van een extrajuditiële executie, maar de politie gaf aan dat het ging om een geplande actie tot arrestatie, omdat men wist dat de zoon op dat moment in die omgeving zou zijn. Volgens de politie was sprake van noodzakelijk geweld in overeenstemming met de Turkse anti-terroriswetgeving. Het Hof stelt voorop dat art. 2 lid 2 EVRM enige ruimte laat voor rechtvaardiging van geweld met dodelijk gevolg, al is moeilijker te bepalen of daarbij ook ruimte bestaat voor het intentioneel doden van iemand. Hoe dan ook, moet bij ieder geweldgebruik met dodelijk gevolg sprake zijn van een absolute noodzaak. In dit geval zijn onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd waaruit kan blijken dat sprake was van een extrajuditiële executie; dat berust slechts op speculatie en hypothesen. Het relaas van de regering is aannemelijk, maar dan nog moet evident zijn dat niet anders kon worden gehandeld dan door dodelijk geweld te gebruiken. In dit geval is in ieder geval nagelaten het wettelijk vereiste waarschuwingsschot af te vuren. Het is bovendien niet aantoonbaar dat klager op het moment van de feiten concreet gevaar opleverde*

of dat hij gewapend was; dat in de nabijheid wel veel wapens zijn gevonden, doet daaraan niet af. Gelet op dit alles is niet voldoende aannemelijk gemaakt dat het gebruikte schot, waardoor klager bovendien in de rug is geraakt, absoluut noodzakelijk was. Schending art. 2 EVRM in materieel opzicht. Er is daarnaast onvoldoende zorgvuldig onderzoek uitgevoerd, zodat ook sprake is van een schending van art. 2 EVRM in procedureel opzicht.

Kalkan  
tegen  
Turkije

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

171

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
17 mei 2016, nr. 33677/10 en 52340/10  
(Sajó (President), Zupančič, Tsotsoria,  
Wojtyczek, Kūris, Motoc, Kucsko-Stadlmayer)  
Noot prof. mr. A.C. Hendriks

**Publicatie. Psychische gezondheid gerechtelijk deskundige. Privéleven versus persvrijheid. Balans. Zaak van algemeen belang. Publieke figuur. Geen schending.**

[EVRM art. 8, 10]

Klaagster, Gabriele Fürst-Pfeifer, is psychiater. Zij staat sinds 2010 ingeschreven in het register van psychologisch gerechtelijk deskundigen, gespecialiseerd in voogdijvraagstukken en omgangsregelingen. In 2008 verscheen op de website van een regionale nieuwswzender een bericht, waarin werd gesteld dat klager zelf psychische problemen heeft. Dezelfde particuliere nieuwswzender nam het bericht op in een regionale krant die gratis huis-aan-huis wordt verspreid. Het bericht werd daarnaast overgenomen door een andere particuliere nieuwswzender. Een deel van de kop van het nieuwsbericht luidde: 'Gerechtelijk deskundige voor voogdijzaken zelf een therapeutisch geval'. In het artikel werd gesteld dat klager leed aan psychische problemen. Daarbij werd verwezen naar een psychologisch onderzoek dat in 1993 bij klager had plaatsgevonden en dat openbaar was gemaakt in het kader van een civielrechtelijke procedure.

In 2009 diende klager een vordering in tegen eerstgenoemde nieuwswzender. Zij eiste schadevergoeding vanwege schending van haar privéleven en smaad. De regionale rechtbank wees de vordering toe, maar in beroep werd de vordering alsnog afgewezen. Het hof van beroep erkende dat de uitspraken van de nieuwswzender over de psychische gezondheid van klager inbreuk maakten op haar privéleven. Tegelijkertijd stelde het hof van beroep vast dat de inhoud feitelijk juist was en gebaseerd op een niet betwist onderzoek. Het nieuwsbericht had bovendien rechtstreeks te maken met de publieke functie die klager bekleedt. Klager stelt in Straatsburg dat Oostenrijk haar recht op privéleven onvoldoende heeft beschermd door de door haar ingediende vorderingen af te wijzen. Klager stelt zich op het standpunt dat er geen publiek belang was gediend met het openbaar maken van een 17 jaar oud onderzoeksrapport over haar psychische gezondheid dat haar privéleven betrof. Het doel van de publicatie was niet het informeren van het publiek, maar om de reputatie van klager te beschadigen. Klager was evenmin een publieke figuur. De Oostenrijkse regering verweert zich door erop te wijzen dat de Oostenrijkse rechter, binnen de margin of appreciation die hem toekomt, een redelijk evenwicht heeft gevonden tussen de door art. 8 en art. 10 EVRM beschermde botsende belangen. Zaken met betrekking tot het functioneren van het gerechtelijk systeem betreffen een zaak van algemeen belang. Het is de taak van de pers om informatie te verspreiden over het functioneren van dit systeem. Vanwege de speciale rol van gerechtelijk deskundigen in het Oostenrijkse rechtssysteem, zijn zij – net als rechters, aanklagers en griffiers – figuren van het openbare leven.

Het Hof overweegt dat er geen rangorde bestaat tussen de belangen die door art. 8 en art. 10 EVRM worden beschermd. Uit de eerdere rechtspraak van het Hof komt naar voren dat grote terughoudendheid moet worden betracht ten aanzien van het opleggen van sancties die de pers ervan kunnen weerhouden zaken van algemeen belang ter discussie te stellen. Tegelijkertijd heeft het Hof meermaals overwogen dat de pers bepaalde regels in acht moet nemen, in het bijzonder met betrekking tot de reputatie en rechten van anderen. Het is niet de taak van het Hof om zijn eigen mening op te leggen aan de nationale gerechtelijke autoriteiten, die een margin of appreciation toekomt. Het Hof dient zichzelf ervan te vergewissen dat de nationale autoriteiten standaarden hebben toegepast die in overeenstemming zijn met de eisen die besloten liggen in art. 10 EVRM. Het Hof stelt vast dat

de beweringen van de pers weliswaar inbreuk maken op het privéleven van klaagster, maar dat de juistheid daarvan niet wordt betwist, dat de pers een zaak van algemeen belang aan de orde stelt en dat de berichten duidelijk onderscheid maken tussen feiten en commentaar. Het Hof heeft eerder aangegeven dat voor leden van de rechterlijke macht niet in dezelfde mate geldt dat zij kritiek moeten kunnen verdragen als voor politici en andere publieke figuren. Tegelijkertijd dienen zij meer kritiek te kunnen ontvangen dan een gemiddelde burger gelet op de openbare functie die zij bekleden. Het Hof is van mening dat voor klaagster, als vaak geraadpleegde gerechtelijk deskundige met betrekking tot het gevoelige onderwerp van kindersychologie en voogdij, dezelfde maatstaven gelden als voor publieke functionarissen die een openbare functie bekleden. Het Hof overweegt voorts dat zij die in een officiële hoedanigheid optreden het vertrouwen van het publiek moeten hebben, zonder te worden blootgesteld aan beledigende en oneigenlijke aanvallen. Van dit laatste was in deze zaak geen sprake, zodat het Hof met bij meerderheid concludeert dat er geen sprake was van een schending van art. 8 EVRM (4 tegen 3).

*Fürst-Pfeifer*  
tegen  
Oostenrijk

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## NOOT

1. In de zaak *Fürst-Pfeifer* behandelt het Hof een lastig en gevoelig onderwerp. Het Hof moest zich buigen over de vraag of het met het oog op het goed functioneren van het gerechtelijk systeem toelaatbaar is dat de pers informatie openbaar maakt over de geestelijke gezondheid van een gerechtelijk deskundige. Mede gelet op het feit dat het Hof met de kleinst mogelijke meerderheid de gestelde schending van art. 8 EVRM afwijst, kan worden geconcludeerd dat er over dit soort rechtsvragen binnen het Hof geen *communis opinio* bestaat. Een annotatie bij deze zaak is hier daarom op zijn plaats.
2. Het is niet voor het eerst dat het Hof wordt gevraagd te oordelen over een botsing, in de horizontale verhoudingen, tussen belangen die worden beschermd door art. 8 en art. 10 EVRM. Meer in

het bijzonder gaat het in deze zaken veelal over uitingen die door of in de pers zijn gedaan over een of meer personen met betrekking tot privéaangelegenheden. Terwijl de betrokkenen dan menen dat sprake was van smaad, belediging, aantasting van de goede naam of reputatie, dan wel dat de uitspraken anderszins strijdig waren met door art. 8 EVRM beschermde belangen, beroept een journalist, nieuwsmedium of uitgever zich dan op de vrijheid van meningsuiting, een recht dat de pers als publieke waakhond een bijzondere rol toekent in een democratische rechtsstaat om het publiek te informeren. Het door het Hof gehanteerde toetsingskader heeft de Grote Kamer van het Hof in een drietal zaken getracht samen te vatten. Dit zijn de uitspraken in *Von Hannover t. Duitsland* (nr. 2) (EHRM 7 februari 2012 (GK), nr. 40660/08 en 60641/08, «EHRC» 2012/72 m.nt. De Lange en Gerards, *NTM/NJCM-Bull.* 2012, p. 563 m.nt. Schuijt, par. 109-13), *Axel Springer AG t. Duitsland* (EHRM 7 februari 2012 (GK), nr. 39954/08, «EHRC» 2012/71 m.nt. De Lange en Gerards, *NTM/NJCM-Bull.* 2012, p. 563 m.nt. Schuijt, par. 90-95) en *Couderc en Hachette Filipacchi Associés t. Frankrijk* (EHRM (GK) 10 november 2015, nr. 40454/07, «EHRC» 2016/32 m.nt. De Lange, par. 90-93). Kort gezegd heeft het Hof in deze zaken aangegeven dat bij een belangenafweging tussen art. 8 en art. 10 EVRM inzake persuitlatingen die inbreuk maken op het privéleven het zijn uiteindelijk oordeel laat afhangen van 1) de bijdrage van de publicatie of uiting aan een debat van algemeen belang, 2) de mate van bekendheid van de betrokken persoon, 3) het onderwerp van het nieuwsbericht, 4) het voorafgaand gedrag van de betrokkene, 5) de inhoud, vorm en gevolgen van de publiciteit; 6) de omstandigheden waaronder de eventuele foto's zijn genomen of andere opnamen zijn gemaakt; 7) de wijze van nieuwsgaring en het waarheidsgehalte, 8) de wijze waarop de pers zorgvuldigheid heeft betracht ('algemene regels van journalistiek'), en 9) de zwaarte van de eventuele sanctie (*chilling effect*). Een ware lijst van criteria die weliswaar duiding geeft over hoe het uiteindelijk oordeel zal uitvallen, maar die tegelijkertijd veel ruimte laat voor het laten meewegen van de feiten en omstandigheden in het concrete geval.

3. De zaak *Fürst-Pfeifer* voegt aan het bestaande toetsingskader van het Hof elementen toe – maar laat tegelijkertijd ook vragen onbeantwoord. Met betrekking tot de uitwerking van het bestaande

toetsingskader, en dus het toevoegen van elementen, springt een aantal zaken in het oog. In de eerste plaats valt het op dat het Hof, in navolging van de Oostenrijkse rechter, veel gewicht toekent aan de juistheid ('waarheidsgehalte') van de door klaagster ontoelaatbaar geachte uitspraken over haar psychische gezondheid. Althans, het Hof wijst erop dat 'the truth of the content of the article under consideration was undisputed in the whole proceedings'. Anders gezegd, nu klaagster niet heeft betwist dat de pers correct heeft geciteerd uit een onderzoeksrapport uit 1993, neemt het Hof aan dat deze uitspraken juist zijn. Daarnaast maakt het Hof in *Fürst-Pfeifer* duidelijk dat het bij inbreuken door de pers op het recht op respect voor privéleven, in zaken waar betrokkenen menen dat hun eer en reputatie is geschonden, drie categorieën van personen onderscheidt: publieke figuren, semipublieke personen en gewone burgers. Dit terwijl het Hof aanvankelijk onderscheid maakte tussen 'a public figure, such as a politician' en 'a private individual' (*Gazeta Ukraina-Tsentr t. Oekraïne*, EHRM 15 juli 2010, nr. 16695/04, par. 46). De tussencategorie van semipublieke personen omvat personen die een belangrijke functie in het openbaar leven bekleden maar zelf geen bekendheid zijn, zoals bepaalde artsen (*Kanellopoulou t. Griekenland*, EHRM 11 oktober 2007, nr. 28504/05, «EHRC» 2007/143 m.nt. Gerards), sommige politiefunctionarissen (*Nilsen en Johnsen t. Noorwegen*, EHRM 25 november 1999 (GK), nr. 23118/93, *NJ* 2001/64 m.nt. Dommering, «EHRC» 2000/10 m.nt. Gerards) en, nu dus, bepaalde gerechtelijk deskundigen. De mate waarin personen kritiek moeten kunnen verdragen alsmede inbreuken op hun privéleven moeten gedogen is bij de 'zuivere' publieke figuren het grootst en bij gewone burgers het geringst. De huid van semipublieke figuren acht het Hof dikker dan die van gewone burgers, al hangt het van de situatie af – waaronder het belang van de openbaar gemaakte informatie voor het publieke debat – hoeveel uittalingen en informatie over hun privéleven semipublieke personen zich moeten laten welgevalen.

4. De uitspraak van het Hof in de zaak *Fürst-Pfeifer* gaat evenwel voorbij aan een belangrijk aspect, en wel het feit dat informatie over klaagsters (psychische) gezondheidstoestand openbaar was gemaakt. Reeds in 1997 overwoog het Hof dat 'Respecting the confidentiality of health data is a vital principle in the legal systems of all the

Contracting Parties to the Convention' (Z. t. *Finland*, EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93, *NJ* 1999/516 m.nt. Knigge, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 712 m.nt. A.C. Hendriks, par. 95). Over het publiceren van dergelijke gegevens in de pers was het Hof in andere zaken aanzienlijk kritischer dan in *Fürst-Pfeifer* (*Armoniené t. Litouwen*, EHRM 25 november 2008, nr. 36919/02, «EHRC» 2009/6 m.nt. Gerards; *Biriuk t. Litouwen*, EHRM 25 november 2008, nr. 23373/03, noot onder «EHRC» 2009/6 m.nt. Gerards en *Bédát t. Zwitserland*, EHRM 29 maart 2016 (GK), nr. 56925/08). Er is een uitspraak waarin het Hof, nadat de pers had geciteerd uit een medisch dossier, concludeerde dat art. 8 EVRM niet was geschonden (*Varapnick-aité-Mazyliené t. Litouwen*, EHRM 17 januari 2012, nr. 20376/05, «EHRC» 2012/81 m.nt. Barendsen en Hokwerda). In deze Litouwse zaak waren de betrokkenen op grond van de openbaar gemaakte informatie evenwel niet herleidbaar. Dat is in de zaak *Fürst-Pfeifer* bepaald anders. Sterker, volgens het onderzoeksrapport waaruit de pers citeert waren de psychische problemen van klaagster erfelijk bepaald en kwamen die problemen ook veelvuldig in haar familie voor (par. 8). Ik zie niet in wat het belang is van het openbaar maken van dergelijke informatie, waarmee mogelijk ook het recht op privéleven van familieleden is geschonden (vgl. *Putistin t. Oekraïne*, EHRM 21 november 2013, nr. 16882/03, «EHRC» 2014/21). Ook anderszins maakt het Hof niet duidelijk waarom het met het oog op het voeren van een publiek debat over de psychische gezondheid van gerechtelijk deskundigen gerechtvaardigd is om één persoon bij naam te noemen en over haar gevoelige informatie te publiceren. Het argument dat klaagster de informatie niet heeft betwist kan niet overtuigen; de informatie is feitelijk juist, want overgenomen uit een 17 jaar geleden opgesteld onderzoeksrapport. De enige manier om dat te betwisten is de juistheid van het onderzoek ter discussie te stellen of om met tegenbewijs te komen. Anders gezegd, vrijwel de enige manier om de informatie te betwisten is om opnieuw privacygevoelige informatie openbaar te maken. Dat lijkt mij niet de bedoeling van het recht op respect voor het privéleven. Par. 43 van de uitspraak, waarin het Hof ingaat op het belang van bescherming van gezondheidsgegevens, roept daarom vragen op over de wegging van het Hof van gezondheidsinformatie. Dit geldt temeer daar uit niets blijkt dat de psychische gezondheid van



klaagster in 1993 op enig moment in de weg heeft gestaan aan haar functioneren. Hieruit lijkt haast te spreken dat zo'n oud gezondheidsonderzoek geen enkele voorspellende waarde heeft en dat het citeren daaruit alleen al daarom anders moet worden gewogen dat het Hof in bovenstaande zaak doet.

5. Wat zeggen de dissenters? Rechters Wojtyczek and Küris schrijven een ongekend scherpe *dissenting opinion*, waarin zij de motivering die de meerderheid aan de uitspraak ten grondslag legt bekritisieren. Kort gezegd stellen deze rechters dat de meerderheid meer gewicht toekent aan het recht op meningsvrijheid dan in lijn is met eerdere jurisprudentie van het Hof. Zij leunen daarbij sterk op de recente uitspraak van de Grote Kamer van het Hof in *Bédat t. Zwitserland* (EHRM 29 maart 2016 (GK), nr. 56925/08), die volgens deze rechters al eerder intern bekend was. Ook rechter Motoc is van mening dat de meerderheid een verkeerde belangenafweging heeft gemaakt en dat meer gewicht had moeten worden toegekend aan het verspreiden van gezondheidsinformatie.

6. Rechter Zupančič stemt in met het oordeel van de meerderheid, maar heeft een *concurring opinion*. Zijns inziens had de zaak als een klokkenluiderszaak moeten worden beoordeeld – zonder dat (mij) duidelijk wordt welk probleem in deze zaak *in concreto* aan het licht komt.

7. Alles bij elkaar zou het daarom niet verbazen als de zaak *Fürst-Pfeifer* nog wordt voorgelegd aan de Grote Kamer. Dat zou wat mij betreft zeer welkom zijn, omdat de gewone Kamer in deze zaak ten onrechte aanneemt dat de niet weersproken gezondheidsinformatie juist is, geen rekening houdt met de inbreuk op het privéleven van de familie van klagster en dat uit niets blijkt waarom het nodig was klagster bij naam en toenaam te noemen, nu zij altijd goed heeft gefunctioneerd 'ondanks' een psychologisch onderzoek dat zij zeven jaar voor haar benoeming als gerechtelijk deskundige had ondergaan.

A.C. Hendriks

Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

## 172

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
19 mei 2016, nr. 37289/12  
(Lazarova Trajkovska (President), Pardalos,  
Sicilianos, Mahoney, Pejchal, Spano,  
Harutyunyan)  
Noot prof. mr. P. Boeles

**Recht op vrijheid. Vreemdelingenbewaring.  
Duur. Maximumtermijn.**

[EVRM art. 5 lid 1 sub f]

*Klager is een asielzoeker afkomstig uit Iran, waarvan het asielverzoek in 2003 is afgewezen, maar die daarna illegaal in het Verenigd Koninkrijk is gebleven en zich daar bovendien schuldig heeft gemaakt aan aanranding van twee meisjes. Met het oog daarop zat klager een gevangenisstraf uit, waarbij hij voorwaardelijk werd vrijgelaten maar daarna weer werd vastgezet omdat hij niet had voldaan aan een van de voorwaarden. In maart 2005 werd een besluit tot uitzetting van klager genomen, en in afwachting van zijn uitzetting werd hij in detentie genomen. Het uitzettingsbesluit kon niet ten uitvoer worden gelegd omdat de Iranese autoriteiten weigerden daaraan mee te werken. Vervolgens is klager gedurende drie verschillende perioden in detentie gehouden met het oog op zijn uitzetting, waarbij ten aanzien van de laatste periode (die in 2009 eindigde) de nationale rechter heeft vastgesteld dat de nationale autoriteiten te weinig hadden gedaan om de eigenlijke uitzetting te effectueren en dat de moeilijkheden daarbij niet konden rechtvaardigen dat klager al die tijd in detentie zat. In verband daarmee is klager ook een schadevergoeding toegekend, tegen de hoogte waarvan nog een beroepsprocedure van klager loopt. Het Hof verklaart de klachten niet-ontvankelijk voor zover ze de eerste en derde perioden van detentie betreffen; in het eerste geval omdat daartegen niet de nodige nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, en in het geval van de derde periode omdat klager daarbij al op nationaal niveau genoegdoening heeft gekregen. Het Hof beoordeelt de zaak vervolgens onder art. 5 lid 1 sub f EVRM, waarbij het onderzoekt of de Britse wetgeving voldoende waarborgen omvat om ervoor te zorgen dat een detentie met het oog op uitzetting niet willekeurig plaatsvindt. Daarbij onderzoekt het in het bijzonder twee factoren, namelijk de vraag of het voldoende is als er limieten worden gesteld aan de duur van die*



detentie, en de vraag of automatisch rechterlijk beroep nodig is. Het Hof stelt vast dat in zijn eerdere uitspraak in *Chahal* het uitdrukkelijk heeft vastgesteld dat zolang iemand is vastgehouden met het oog op zijn uitzetting, dus zolang als er actie wordt genomen met het oog op uitzetting, art. 5 lid 1 sub f EVRM niet vergt dat die detentie redelijkerwijze noodzakelijk is om iemand ervan te weerhouden dat hij een misdrijf pleegt of vlucht. Wel heeft het daarbij aangegeven dat de detentie niet onredelijk lang mag duren, namelijk niet langer dan dat de uitzettingsprocedure loopt. Als die procedure niet met voortvarendheid ter hand wordt genomen, ontnemt dat ook de rechtmatigheid aan de detentie. Ook als er op nationaal niveau tijdslimieten aan de detentie zijn opgelegd, zoals het geval is voor de EU-lidstaten die gebonden zijn aan de EU-Terugkeerrichtlijn (die overigens niet geldt voor het Verenigd Koninkrijk) en die daarom niet langer dan 18 maanden mogen detineren met het oog op terugkeer, betekent dat niet automatisch dat alles dat korter duurt dan die periode gerechtvaardigd is onder art. 5 lid 1 sub f EVRM. Deze termijn geldt namelijk zeker niet overal en ook uit Raad van Europa-documenten blijkt niet dat het nodig is om vastgestelde tijdslimieten te hebben. Of detentie gedurende een bepaalde periode verenigbaar is met het EVRM, is veeleer afhankelijk van de vraag of de procedure zelf snel genoeg is verlopen en van de vraag of andere EVRM-waarborgen voldoende in acht zijn genomen. Een automatische verplichting om rechterlijke toetsing van de detentie mogelijk te maken is er daarbij niet onder art. 5 lid 1 sub f EVRM. De criteria die in het Verenigd Koninkrijk worden aangelegd (namelijk de vraag of detentie is opgelegd met het oog op uitzetting en of de periode van detentie redelijk was; de vraag of klager is vrijgelaten als duidelijk is dat uitzetting niet binnen redelijke termijn mogelijk is; en de algehele snelheid en zorgvuldigheid waarmee de nationale autoriteiten proberen de uitzetting te bewerkstelligen) zijn in dit licht heel redelijk. Het Britse systeem voldoet in algemene zin dan ook aan de eisen van het EVRM. Duidelijk is tegelijkertijd dat in het onderhavige geval niet aan deze eisen is voldaan, zoals ook de nationale rechter heeft aangegeven in zijn uitspraak. In het licht van die bevindingen is het niet redelijk – zoals de nationale rechter onvoldoende heeft onderkend – om aan te nemen dat de onrechtmatigheid van de detentie pas op een later moment in de procedure is ontstaan. Door dat oordeel is alsnog sprake van schending van art. 5 lid 1 sub f EVRM.

J.N.  
tegen  
*Verenigd Koninkrijk*

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## NOOT

1. Deze uitspraak gaat natuurlijk allereerst om de vraag die ter beantwoording stond: vergt art. 5 lid 1 sub f EVRM in het licht van het beginsel van de “kwaliteit van het recht” dat de duur van vreemdelingenbewaring aan vaste maxima wordt gebonden en dat op gezette tijden automatisch rechterlijke controle plaatsvindt? Levert de Terugkeerrichtlijn in dat opzicht een relevant element bij de interpretatie van de Europese normen zoals die in art. 5 EVRM zijn belichaamd? Het Hof beantwoordt de vraag ontkennend. Na uitvoerige overwegingen concludeert het Hof in par. 99 dat niet kan worden gesteld dat het nationale recht van het VK door het ontbreken van een vaste maximumduur en automatische rechterlijke toetsing onvoldoende toegankelijk, precies en voorzienbaar is in zijn toepassing, of dat er onvoldoende waarborgen tegen willekeur bestaan. Of de rechterlijke toetsing in een bepaalde situatie voldoende is en of de bewaring op een bepaald ogenblik te lang heeft geduurd in het kader van art. 5. lid 1 sub f EVRM moet dus nog steeds per geval worden beoordeeld. Dat doet het Hof ook in deze zaak.

2. Ik beperk me in het navolgende tot de kwestie van de maximumtermijnen voor de bewaring. De betrokkene, een Iraanse man, was van 21 maart 2005 tot 17 december 2007 in vreemdelingenbewaring gesteld, en werd na een korte periode van vrijlating op 14 januari 2008 opnieuw gedetineerd, ditmaal tot begin december 2009. Dat is in totaal 31 maanden, ruim twee en half jaar. De Britse bestuursrechter had de bewaring onrechtmatig verklaard vanaf 14 september 2009. Het Hof op zijn beurt achtte de detentie onrechtmatig vanaf een eerder tijdstip (als ik het woord “stip” mag gebruiken voor de nogal vage tijds aanduiding die het Hof gebruikt), namelijk “midden 2008”, daarbij rekening houdend met de omstandigheid dat de betrokkene, afgezien van een onderbreking van een maand, sinds 21 maart 2005 vast had gezeten. Beslissend in de overwegingen van het Hof was niet de duur van de detentie maar het feit dat

de autoriteiten sinds midden 2008 niets meer aan de uitzetting hadden gedaan. Zo werd de totale duur van de nog wel rechtmatig geachte bewaring beperkt tot 25 maanden, als ik het goed heb uitgerekend, en als ik “midden 2008” laat eindigen op 1 juli. Dat is iets langer dan twee jaar. Als de autoriteiten meer hun best waren blijven doen voor de uitzetting had de bewaring dus zelfs wellicht nog mogen voortduren. Het precieze moment waarop de autoriteiten in gebreke raakten is niet vast te stellen en daardoor evenmin het precieze tijdstip van het onrechtmatig worden van de detentie. Voor het rechtsterritoir dat door de Terugkeerrichtlijn wordt bestreken heeft deze uitspraak geen praktische betekenis, omdat daar de bewaring wel aan een maximumduur van anderhalf jaar is gebonden. Maar voor de andere landen die het EVRM hebben geratificeerd blijft de toetsing aan art. 5 lid 1 sub f EVRM voor de duur van de bewaring een casuïstische aangelegenheid, en is – zoals hier – een exacte aanduiding van het tijdstip waarop de bewaring van rechtmatig in onrechtmatig overgaat niet te geven.

3. Door de nadrukkelijke vergelijking in het betoog van de klager van het EVRM met de Unierechtelijke regelgeving krijgt deze uitspraak het karakter van een tegenhanger, een spiegelbeeld als het ware, van de zaak van iemand van wie de naam eveneens werd afgekort tot J.N. (tegen de Nederlandse Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie) die begin van dit jaar door het Hof van Justitie EU was berecht (HvJ EU 15 februari 2016, zaak C-601/15 PPU, «EHRC» 2016/85 m.nt. Den Heijer en Krommendijk). Ook in die zaak ging het om detentie en ook daar stond de vergelijking tussen het Unierecht en het EVRM voorop. Om beide zaken hierna eenvoudig van elkaar te kunnen onderscheiden zal ik het EHRM-arrest aanduiden als *JN-VK* en het arrest van het Hof van Justitie als *JN-Nl*.

4. Het Hof van Justitie had in *JN-Nl* te maken met een expliciete juridische verbinding tussen het Unierecht en het EVRM gelegd in de art. 52 en 53 Handvest. Het Hof van Justitie moest beoordelen of de bepaling van art. 8 lid 3 sub e Opvangrichtlijn, die bewaring toestaat van asielzoekers wanneer de bescherming van nationale veiligheid of de openbare orde dat vereisen, afbreuk doet aan het beschermingsniveau van art. 5 EVRM. De springende kwestie was of bewaring kan worden opgelegd als dat niet geschiedt met het oog op verwijdering, zoals het EHRM vergt.

Het Hof van Justitie heeft de kwestie primair aan de hand van het Unierecht en het Handvest geanalyseerd. Overigens stelde het Hof vast dat de bewaring in het gegeven geval wel degelijk werd opgelegd terwijl een uitzettingsprocedure gaande was (par. 74 – 76). Of die observatie betekenis heeft voor de reikwijdte van art. 8 Opvangrichtlijn, in die zin dat bewaring van asielzoekers niet zou mogen als er geen sprake is van reeds genomen verwijderingsmaatregelen (zie ook par. 79) is in het onzekere gebleven. De Uniewetgever had volgens het Hof van Justitie een juist evenwicht gevonden tussen, enerzijds, het recht van de verzoeker op vrijheid en, anderzijds, de vereisten in verband met de bescherming van de nationale veiligheid en de openbare orde. Voorts achtte het Hof deze bepaling niet in strijd met het beschermingsniveau zoals dat door art. 5 lid 1 sub f EVRM wordt geboden.

5. Bedacht moet worden dat de Unierechtelijke regeling van vreemdelingendetentie in de Terugkeerrichtlijn en de Opvangrichtlijn in een aantal opzichten uitvoeriger en preciezer is dan art 5b lid 1 sub f en de leden 2, 4 en 5 van het EVRM. Gezien het eigen en samenhangende karakter van het Unierecht is het niet meer dan logisch dat het Hof eerst de interne samenhang bekijkt en pas daarna bekijkt of het resultaat van dit onderzoek de toets aan de standaarden van het EVRM doorstaat.

6. Voor het EHRM, in de zaak *JN-VK*, was er geen juridische bepaling die voorschreef dat bij de uitleg van art 5. EVRM mede de bepalingen van het Unierecht, met name de Terugkeerrichtlijn, moesten worden betrokken. Het ging uitsluitend om de vraag of een zekere precisering in de uitleg van art. 5 EVRM, gezien de rechtspraak in een groot aantal landen van de Raad van Europa, langzamerhand niet aangewezen zou zijn. Op zich blijft het verdedigbaar dat het EHRM geen concretere vereisten in art. 5 lid 1 sub f EVRM leest dan er in staan. Maar gezien de eigen jurisprudentie over de “quality of law” zoals die is weergegeven in de par. 83 – 86, had het Hof makkelijk de stap kunnen zetten dat de nationale wetgeving concrete en voorspelbare grenzen aan de duur van vreemdelingendetentie moet stellen om te voldoen aan het vereiste dat de wetgeving “sufficiently accessible, precise and foreseeable” moet zijn. Het is gezien die jurisprudentie toch enigszins verbazend in par. 90 te lezen dat “the Court finds nothing in the foregoing case-law to undermine its unequi-

vocal and frequently re-iterated assertion that Article 5 § 1(f) of the Convention does not lay down maximum time-limits for detention pending deportation”. Op zich heeft het Hof gelijk, dat het enkele bestaan van een maximumduur aan de detentie niet *voldoende* is om eerbiediging van art. 5 lid 1 sub f EVRM te verzekeren, zoals het in par. 90 overweegt. Maar dat een maximumduur dus ook niet *nodig* zou zijn is een andere zaak. Ik kan mij overigens wel indenken dat het Hof, indien het wel tot een vereiste van maximumduur had willen besluiten, op problemen was gestuit bij de vraag hoe lang die maximumduur dan zou moeten zijn. Als eenmaal een bepaalde duur zou zijn genoemd zou het Hof daaraan vastzitten. Als geen concrete periode zou zijn gekozen zou elke maximumduur, ook al bedraagt die drie, vier jaar of langer, al een legitimerende werking hebben.

7. Hoe dan ook, het gevolg van de thans gekozen lijn is in ieder geval dat zelfs de eigen maatstaven van het EHRM niet “precies en voorzienbaar” zijn. Wie wil weten of de vreemdelingendetentie in een bepaald geval volgens de maatstaven van het EVRM te lang heeft geduurd komt via de EHRM-jurisprudentie uit bij mooie maar vage criteria die verschillend kunnen worden uitgelegd. Per geval kan alleen definitieve zekerheid worden verkregen door een klacht in te dienen en te kijken wat het Hof ervan vindt. Dat is niet heel praktisch. Maar misschien is dat de inherente beperking in het systeem van het EVRM die wij voor lief moeten nemen. En voor de detentie van asielzoekers noemt de Opvangrichtlijn, anders dan de Terugkeerrichtlijn, evenmin een maximumduur. Dus ook het Unierecht is in dat opzicht niet eenduidig.

8. Samengevat: Beide Europese Hoven namen in deze *JN*-zaken – terecht – hun eigen systeem tot uitgangspunt. In beide gevallen meenden zij dat het andere systeem niet noopte tot aanpassing van het eigen systeem. En in beide gevallen viel daar wat voor te zeggen.

P. Boeles  
Emeritus hoogleraar immigratierecht, Universiteit Leiden

## 173

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
19 mei 2016, nr. 49441/12

(Lazarova Trajkovska (President), Bianku, Pardalos, Sicilianos, Spano, Harutyunyan, Koskelo)

**Recht op respect voor familie- en gezinsleven. Uitzetting wegens strafbare feiten. Gevestigd gezinsleven. Proportionaliteit maatregel.**

[EVRM art. 8]

*Klager is geboren in Albanië, maar is van Grieks-Albanese afkomst. Hij woont al twintig jaar in Griekenland. Daar is hij getrouwd met een Grieks-Albanese vrouw die de Griekse nationaliteit heeft. Ook hun twee kinderen hebben de Griekse nationaliteit. Klagers broers wonen in Griekenland en hebben daar een vaste verblijfsstatus. Nadat klager is veroordeeld vanwege het kopen van verdovende middelen is hij veroordeeld en daarbij ook meteen ongewenst verklaard. Nadat hij voorwaardelijk wordt vrijgelaten wordt hij uitgezet naar Albanië, maar hij is illegaal weer teruggekeerd naar Griekenland, alwaar hij later wordt gedetineerd in afwachting van uitzetting. Na enkele beslissingen in zijn voordeel te hebben verkregen, werd uiteindelijk de uitzettingbeslissing gehandhaafd en werd klager opnieuw uitgezet. Al zijn verzoeken om terug te kunnen keren naar Griekenland zijn afgewezen. Klager doet een beroep op art. 8 EVRM. Het Hof stelt vast dat in dit geval inderdaad moet worden gesproken van gevestigd gezinsleven, waarbij de Ünner-criteria moeten worden toegepast (Üner t. Nederland, EHRM 18 oktober 2006 (GK), nr. 46410/99 m.nt. Woltjer). Het Hof hecht onder meer waarde aan de lange duur van het verblijf van klager, diens stabiele en gevestigde gezinsleven, de Griekse nationaliteit van zijn vrouw en kinderen, en het ontbreken van eerdere problemen (het ging om een eenmalige bestraffing waarvan ook de rechter zelf al opmerkte dat er verzachtende omstandigheden waren). Gelet op die omstandigheden zou uitzetting in strijd komen met art. 8 EVRM.*

Kolonja  
tegen  
Griekenland

De volledige uitspraak is te raadplegen via  
[www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

174

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
24 mei 2016, nr. 41683/06  
(López Guerra (President), Jäderblom, Silvis,  
Dedov, Lubarda, Pastor Vilanova, Poláčeková)  
Noot prof. dr. R. de Lange

**Kiesrecht. Verhouding tussen volksvertegenwoordiger en politieke partij.**

[EVRM art. 13, 14; EVRM Eerste Protocol art. 3]

*Paunović en Milivojević zijn Servische politici die kandidaat stonden op de lijst van de partij G17PLUS, een liberale, Europeesgezinde hervormingspartij die is voortgekomen uit een non-gouvernementele organisatie en die als partij bestond van 2002 tot 2013. Paunović en Milivojević werden in 2003 gekozen tot lid van het parlement van Servië. Voorafgaand aan de verkiezingen hadden zij brieven van ontslag moeten tekenen waarop nog geen datum was vermeld. In 2006, na een conflict in hun partij, diende de partijleiding bij het parlement deze brieven in, voorzien van een datum. Het parlement accepteerde deze brieven en onthief Paunović en Milivojević van hun lidmaatschap. Beroepen hiertegen bij het Hooggerechtshof en het Constitutionele Hof van Servië werden niet-ontvankelijk verklaard, het laatste na een vertraging van 2 jaar. Een eerdere bepaling in de Servische kieswet die het mogelijk maakte dat het lidmaatschap van de volksvertegenwoordiging eindigde in geval van beëindiging van het lidmaatschap van hun politieke partij was door het Constitutionele Hof van Servië vernietigd, omdat parlementariërs een mandaat van de kiezers bezitten en niet van hun partij. Het Constitutionele Hof benadrukte bij die gelegenheid de onafhankelijkheid van volksvertegenwoordigers en hun verantwoordelijkheid primair ten overstaan van hun kiezers (par. 34). Het EHRM volgt deze benadering (par. 63) omdat het Servische recht uitgaat van een vrij mandaat van de volksvertegenwoordiger. Ontslag moet door de volksvertegenwoordiger bij het parlement*

*worden ingediend. Het EHRM concludeert derhalve in de voorliggende zaak dat het nationale recht niet is nageleefd. Daarbij is het Hof eerst nagegaan of dit recht zelf voldoet aan de eisen die voortvloeien uit art. 3 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Het Hof bevindt al met al een schending van deze verdragsbepaling.*

*Paunović en Milivojević*  
tegen  
Servië

De volledige uitspraak is te raadplegen via  
[www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## NOOT

1. Van wie is de volksvertegenwoordiger? Van het volk, van de overheid, of van de politieke partij? Of is de individuele volksvertegenwoordiger na zijn verkiezing eigenlijk van zijn fractie en strikt onderworpen aan de fractiediscipline? In oorsprong waren volksvertegenwoordigers zonder twijfel van het volk in die zin dat zij door de koning werden uitgenodigd om namens de burgers met hem te spreken en eventueel te onderhandelen. Regelmaat van de bijeenkomsten was niet gegarandeerd, en parlamentsloze periodes konden vrij lang zijn, zoals in het Franse geval van de États Généraux die van 1614 tot 1789 niet bijeenkwamen. Vrijheid van spreken was in de aanvang dan ook niet meer dan de vrijheid van een volksvertegenwoordiger om zijn mening te uiten zonder de angst voor levensbedreigende of andere sancties van de kant van de vorst. In de loop der eeuwen heeft een evolutie plaatsgevonden waarbij parlementen steeds meer geïnstitutionaliseerd zijn, en steeds meer tot de overheid zijn gaan behoren. Tegelijkertijd is, met de opkomst van de politieke massapartijen, de volksvertegenwoordiger minstens ook een vertegenwoordiger van zijn partij geworden. Dat is zelfs het geval in een stelsel als het Britse, waar een relatief nauwe relatie bestaat tussen de parlementariërs en hun districtsachterban. Als zelfs in zo'n stelsel een strikte fractiediscipline kan bestaan – en dat is het geval als men kijkt naar de status van de Whips, die zorgen dat fracties bij de grote kwesties op één lijn zitten – dan is het niet verrassend dat dit in stelsels zonder districten nog veel sterker het geval is. Dat sluit weer niet uit dat er af en toe vrije kwesties zijn – de regeling van het homohuwelijk was er in het

recente verleden een voorbeeld van – maar die kwesties zijn niet talrijk. In politieke stelsels waar de band met districtskiezers of regionale achterbannen minder sterk is dan in het Verenigd Koninkrijk zien we nog sterker de dominantie van de politieke partij over de individuele volksvertegenwoordiger. Volgens Daniel Bochler ('The party system of Serbia', in: V. Storajová & P. Emerson (red.), *Party Politics in the Western Balkans*, Routledge 2010, p. 105), is dit te begrijpen tegen de achtergrond van de gewoonte in post-communistische landen om veelvuldig van politieke partij te wisselen. Het rapport van de Venetiëcommissie uit 2009 over dit onderwerp (European Commission for Democracy through Law, Report on the Imperative Mandate and Similar Practices, CDL-AD(2009)027) bevestigt dit beeld, maar noemt tegelijkertijd ook voorbeelden uit India waar in de loop der jaren duizenden politici van partij zijn veranderd tijdens hun parlementslidmaatschap. Hierbij is wel te bedenken dat een politieke partij in het Servische politieke landschap niet dezelfde betekenis hoeft te hebben als in Nederland of andere West-Europese democratieën. In een rapport uit 2015 van de European Network of Political Foundations (*Building Bridges between Civil Society and Party Political Actors in the Western Balkans – The Perspective of Political Foundations*, april 2015, p. 8) wordt gewezen op het wantrouwen van de burgers tegenover de politieke partijen: zij worden als de meest corrupte van de beoordeelde publieke instituties beschouwd. 'Indeed, political parties in the Western Balkans are rarely typical programmatic parties in the Western European sense: instead of assuming their responsibilities to shape society in accordance with normative principles, translating citizens' interest into concrete politics, finding democratic compromise and serving long-term interests for the whole of society, many party political actors tend to abuse their powers for the purpose of private acquisition or serving clientelistic networks. Corruption and nepotism are prevalent within the political system and internal party structures lack transparency and accountability.'

2. Staatsrechtelijk is veelal – ook in het Nederlandse staatsrecht – het uitgangspunt dat de individuele volksvertegenwoordiger een individueel mandaat bezit en zonder last of ruggespraak moet kunnen functioneren (vgl. het huidige art. 67, derde lid, van de Grondwet: de leden stemmen

zonder last). Tegelijkertijd is al 100 jaar geleden een keus gemaakt voor een lijstenstelsel, waardoor de greep van politieke partijen op individuele volksvertegenwoordigers is versterkt. Dit leidt tot een spanning.

3. Door het vrije mandaat dat in het verbod van last is belichaamd heeft de volksvertegenwoordiger een individueel recht, ook ten opzichte van zijn kiezers, en zeker in beginsel ook ten opzichte van zijn politieke partij. Zie R.M.M. Kleijckers, *Stemmen zonder last. De functie van het vrije mandaat in het hedendaagse staatsrecht*, diss. Maastricht 1993, p. 16 ('Het innemen van een bepaald standpunt in de vergadering van de Staten-Generaal mag dus niet geschieden wanneer die standpuntbepaling berust op een opdracht die de leden van de Staten-Generaal daartoe van een of meer anderen hebben ontvangen') en R. Schutgens, 'Politieke partij, vrij mandaat en zetelroef', in: J.L.W. Broeksteeg & R. Tinnevelt (red.), *De politieke partij als anomalie van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer 2015, p. 189-211. De Nederlandse praktijk op het punt van fractiesplitsing en partijscheuring is hier een goed voorbeeld van. Ieder kamerlid dat zich afsplitst van een fractie is staatsrechtelijk vrij om een eigen fractie en een eigen politieke groepering te beginnen. De huidige Tweede Kamer kent maar liefst vijf afgesplitste fracties. Bij het uitgangspunt van onafhankelijkheid van het kamerlid past ook dat alle afspraken tussen het kamerlid en derden omtrent zijn functioneren als parlementariër geen rechtsgeldigheid bezitten of minstens op gespannen voet staan met de constitutie. Dat geldt voor verkiezingsafspraken, het geldt voor beloningsafspraken (zoals die bij de SP bestaan), en het geldt evenzeer voor afspraken omtrent stemgedrag en omtrent het beëindigen van het kamerlidmaatschap. Het is misschien geen prettig nieuws voor politieke partijen, die het toch al moeilijk hebben met hun teruglopende ledenaantallen, maar staatsrechtelijk is het niet anders: partijen mogen hier geen afspraken over maken, en als ze die toch maken zijn die afspraken niet rechtsgeldig. Iets ingewikkelder ligt het met de positie van fracties, en de bevoegdheden die de Tweede Kamer bezit in relatie tot de verschillende fracties. Het gaat het karakter van deze noot te buiten om dit probleem hier helemaal uit te werken, maar in het licht van *Paunović* – waar het eveneens ging om een maatregel die het parlement nam met betrekking tot de positie van een individueel kamerlid – moet er toch kort iets



over worden gezegd. De werkgroep Fractievorming onder leiding van SGP-kamerlid Bisschop, die de Tweede Kamer adviseerde over de financiële vergoeding voor afgesplitste fracties, kwam op 22 juni 2016 tot de conclusie dat er redenen zijn om die afsplitsingen achter te stellen bij de andere fracties. Het Rapport van de werkgroep Fractievorming is te vinden op tweedekamer.nl. Of de Kamer deze conclusie zal overnemen is op het moment van schrijven nog niet te zeggen. Voorshands lijkt het in de geest van het hier geannoteerde arrest om aan te nemen dat zo'n ongelijke behandeling van afgesplitste fracties strijdig zou zijn met art. 3 EP zoals in *Paunović* uitgelegd. Zij zou de individuele positie van volksvertegenwoordigers ten opzichte van de kiezers miskennen. De Grondwet erkent maar op zeer weinig plaatsen een bevoegdheid van de kamers die gevolgen zou kunnen hebben voor de individuele kamerleden.

4. De andere kant van de medaille in het Nederlandse stelsel is dat partijen bepalen wie er op de kandidatenlijst staan, en dat de greep van partij en parlamentsfractie op individuele parlementariërs in de praktijk groot is. Kleijkers signaleerde in 1993 dat uit onderzoek bleek dat bijna twee derde van de Tweede Kamerleden zich beschouwde als vertegenwoordiger van (de kiezers van) hun partij, en niet als vertegenwoordiger van het volk (Kleijkers 1993: 19-20). Er is geen reden om aan te nemen dat dit intussen fundamenteel anders ligt. Zie daarover ook J. Sillen, 'Politieke partijen en de uitoefening van het passief kiesrecht', in: Broeksteeg & Tinnevelt 2015, reeds aangehaald, p. 137-157.

5. Het draait in het arrest *Paunović* op het eerste gezicht om evenredige vertegenwoordiging. Het Servische kiesstelsel is daarop gebaseerd. Klagers zaten als volksvertegenwoordigers sinds 2003 in het Servische parlement. Hun partij, G17 PLUS, had van hen gevergd dat zij tevoren ongedateerde ontslagbrieven bij hun partij moesten inleveren. Tevens moesten de kandidaten hun partij machtigen om in hun plaats andere kandidaten aan te wijzen. Naar Nederlands recht zijn zulke brieven van nul en generlei waarde, zoals wij weten sedert de *Elsloo*-jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 26 maart 1971, AB 1971, 135 (*Elsloo*), en HR 18 november 1988, AB 1989, 185 (*Arubaanse verkiezingsafpraak*)). In Servië ligt dit kennelijk anders. Toen de parlementaire commissie voor bestuurlijke zaken de – door een partijfunctionaris van een

datum voorziene – brieven ontving, beschouwde zij ze als rechtsgeldig, in weerwil van het feit dat klager 1 – Paunović – tien dagen eerder publiekelijk had verklaard geen ontslag te willen nemen en als onafhankelijk parlamentslid door te willen gaan. Het plenaire parlement nam het oordeel van de commissie over. Twee anderen werden in hun plaats benoemd. Dat is te begrijpen tegen de achtergrond van het destijds geldende art. 102 van de Servische grondwet, waarvan lid 2 bepaalt dat parlementariërs de vrijheid bezitten om hun mandaat onherroepelijk ter beschikking van hun politieke partij te stellen. Men zou zeggen dat als dit daadwerkelijk een vrijheid is, niet goed begrijpelijk is waarom die vrijheid alleen 'onherroepelijk' kan worden uitgeoefend. Op 27 mei 2003 had het Constitutionele Hof inmiddels geoordeeld dat het mandaat van een gekozen volksvertegenwoordiger uitsluitend aan die volksvertegenwoordiger toekomt, en niet aan de politieke partij op wiens voordracht hij/zij was verkozen. Het mandaat wordt als een mandaat van het volk aan de vertegenwoordiger gezien, en niet van het volk aan de politieke partij. In dit oordeel – met nummer IU no. 197/2002 – wordt bovendien uitgesproken dat parlamentsleden niet onder een verplichting staan om ontslag te nemen indien er een politiek verschil van mening met hun partij is ontstaan, zelfs niet als de partij hen royeert.

6. Klagers wendden zich tot het Hooggerechtshof van Servië, waar hun klacht vier dagen later niet-ontvankelijk werd verklaard. Tegelijkertijd legden zij hun klacht voor aan het Constitutionele Hof van Servië, dat om redenen die niet werden toegelicht twee jaar wachtte om vervolgens de klacht ongegrond te verklaren wegens gebrek aan belang, omdat er inmiddels nieuwe verkiezingen waren geweest. Op grond van de Servische grondwet van november 2006 zou hun klacht als constitutionele klacht behandeld hebben kunnen worden, ware het niet dat die grondwetsherziening volgens het Constitutionele hof geen terugwerkende kracht had.

7. Kennelijk is men inmiddels in Servië tot hoger inzicht gekomen, want op 25 mei 2011 is art. 88 van de kieswet gewijzigd in die zin dat thans van een parlementariër verwacht wordt dat hij/zij het ontslag in persoon komt overbrengen in de vorm van een officieel document, dat aan de voorzitter van het parlement moet worden overhandigd. Ook in de parlementaire procedureregels (het reglement van orde) is dit zo vastgelegd, met de



toevoeging dat de voorzitter het ontslagbericht aan alle andere leden van het parlement dient door te zenden. Hieraan is een Resolutie van de Parlementaire Assemblée van de Raad van Europa voorafgegaan van 25 juni 2008 (Resolutie 1619 (2008)), en een oproep van de Venetiëcommissie (document nummer CDL-AD(2007)004 van 19 maart 2007).

8. Het terugroepen (*recall*) van parlementariërs is in Nederland niet mogelijk. Er zijn maar weinig stelsels die deze optie kennen en daadwerkelijk gebruiken, en er kleven dan ook de nodige bezwaren aan, zoals bleek uit de discussie in het Britse parlement over het wetsvoorstel van de regering-Cameron om *recall* van een lid van het House of Commons door de kiezers van het district waarin hij is gekozen mogelijk te maken. Dat voorstel is op 26 maart 2015 wet geworden (de Recall of MPs Act 2015). Ook de Venetiëcommissie is in het al genoemde rapport uit 2009 over het imperatief mandaat ingegaan op het verschijnsel van de *recall*. Zie verder vanuit een Australisch perspectief A. Twomey, 'The Recall of Members of Parliament and Citizens' Initiated Elections', 34 *University of New South Wales Law Journal* 2011 (1), p. 41-69.

9. In EVRM-termen gaat het om de 'passieve' kant van het recht van art. 3 EP, waarin de verdragsstaten een ruime *margin of appreciation* bezitten (zie het ontvankelijkheidsoordeel in de zaak *Occhetto t. Italië*, 12 november 2013, nr. 14507/07, par. 53). Het EHRM zet in par. 59 nog eens alles op een rijtje wat betreft kiesrecht en art. 3 EP. Art. 3 EP is cruciaal, maar er zijn beperkingen ('implied limitations') mogelijk. Er kan een individueel recht uit worden afgeleid, maar de *margin of appreciation* is breed. Kiesstelsels kunnen op vele manieren worden ingericht, en het is aan de verdragsstaten om invulling te geven aan de grote hoeveelheid verschillen in historische ontwikkeling, in politieke opvattingen, en de culturele diversiteit e.d.m. die zich in Europa doet gelden. Aardig is dat het Hof hier verwijst naar *Hirst no. 2* (*Hirst t. Verenigd Koninkrijk* EHRM 6 oktober 2005 (GK), nr. 74025/01, «EHRC» 2005/115 m.nt. Broeksteeg, par. 61).

Algemeen uitgangspunt ten aanzien van de *margin of appreciation* in kiesrecht-zaken is dat er een ruimte voor de staten bestaat om vorm te geven aan kiesstelsels en eisen te stellen aan de uitoefening van het recht om kandidaat te staan, maar dat het tegelijkertijd tot de taak van het Hof behoort 'in the last resort' om vast te stellen of vol-

daan is aan de eisen van art. 3 EP; daartoe is nodig dat de in art. 3 EP gegeven rechten niet in hun kern worden aangetast en dat zij effectief kunnen worden uitgeoefend. Beperkingen aan het kiesrecht zijn mogelijk en toegestaan, maar ze moeten een legitiem doel dienen<sup>1</sup> en geen gebruik maken van disproportionele en willekeurige middelen (zie *Mathieu-Mohin en Clerfayt t. België*, EHRM 2 maart 1987, nr. 9267/81, par. 52; *Gitonas e.a. t. Griekenland*, EHRM 1 juli 1997 nrs. 18747/91, 19376/92 en 19379/92, par. 39; *Yumak en Sadak t. Turkije*, 8 juli 2008 (GK), nr. 10226/03, «EHRC» 2008/110 m.nt. Broeksteeg, par. 109); er is een brede marge bij de inrichting van het kiesstelsel (en de keus tussen de verschillende mogelijke stelsels) (*Paunović t. Servië*, par. 60); bij de bepaling van de werktal van een vertegenwoordigend orgaan (*Podkolzina t. Letland*, EHRM 9 april 2002, nr. 46726/99, «EHRC» 2002/41 m.nt. Heringa, par. 34); bij de bepaling van 'implied limitations' (*Mathieu-Mohin*, reeds aangehaald, par. 52; *Matthews t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 18 februari 1999 (GK), nr. 24883/94, «JB» 1999/63 m.nt. Heringa, par. 63; *Labita t. Italië*, EHRM 6 april 2000 (GK), nr. 26772/95, «EHRC» 2000/44 m.nt. Bal, par. 201; *Podkolzina*, reeds aangehaald, par. 33; *Ždanoka t. Letland*, EHRM 16 maart 2006 (GK), nr. 58278/00, «EHRC» 2006/57 m.nt. Broeksteeg, par. 103); er zijn 'numerous ways of organising and running electoral systems' (o.a. *Ždanoka*, par. 103) en er zijn grote verschillen in historische ontwikkeling, culturele diversiteit en politiek denken in Europa (*Ždanoka*, reeds aangehaald, par. 103; *Hirst (No. 2)*, reeds aangehaald, par. 61).

10. De kern van de toezichthoudende taak van het EHRM ligt bij de 'concern to maintain the integrity and effectiveness of an electoral procedure aimed at identifying the will of the people through universal suffrage' (*Hirst (No. 2)*, reeds aangehaald, par. 62; *Ždanoka*, reeds aangehaald, par. 104; *Paunović*, reeds aangehaald, par.

1 Het Hof lost het probleem dat art. 3 EP geen doelen noemt die een beperking kunnen rechtvaardigen op door de stelling dat de staten vrij zijn om zelf doeleinden te stellen die niet in dat artikel voorkomen, onder de voorwaarde dat die doeleinden verenigbaar zijn met 'the principle of the rule of law and the general objectives of the Convention' (*Atakishi*, par. 38 onder verwijzing naar *Ždanoka*, par. 115).

60; *Yumak en Sadak*, reeds aangehaald, par. 109). Het is – n'en déplace de margin of appreciation – aan het Hof om in laatste instantie vast te stellen of aan de eisen van art. 3 EP is voldaan (par. 60). Het Hof past hier zoals bekend een kernrechtbenadering toe: het moet erop toezien dat de 'very essence' van de betreffende rechten niet wordt geschonden, en dat die rechten niet van hun effectieve werking worden ontdaan. Deze kernrechtbenadering gaat hier naadloos over in een proportionaliteitstoetsing, hetgeen theoretisch interessant is: in de literatuur is wel gesignaleerd dat de kernrechtbenadering een 'bijzonder onderdeel' van de proportionaliteitstoetsing kan zijn (A.J. Nieuwenhuis, 'De kernrechtbenadering bij de grondrechten', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2012 (2), p. 146). De in het geding zijnde kernrechten liggen vooral in de sfeer van de uitingsvrijheid: de 'integrity and effectiveness of an electoral procedure aimed at identifying the will of the people through universal suffrage' en de 'free expression of the people' zijn hier de te beschermen fundamentele waarden. Dit brengt, zoals het Hof overweegt in par. 60, niet mee dat het Hof moet kiezen tussen het ene kiesstelsel en het andere. In lijn met *Podkolzina* (reeds aangehaald, par. 34) worden hier de historische en politieke landenspecifieke overwegingen doorslaggevend geacht (*Podkolzina t. Letland*, EHRM 9 april 2002, nr. 46726/99, «EHC» 2002/41 m.nt. A.W. Heringa – het ging in die zaak om de eis dat kandidaten een voldoende beheersing van het Lets moesten aantonen, een eis die gericht was op het normaal functioneren van de statelijke instellingen, maar die in feite leidde tot het buiten de deur houden van Russische Letten. Dat sommige kandidaten na het behalen van een certificaat zich opnieuw aan een taaltest moesten onderwerpen achtte het Hof disproportioneel. Het benadrukte echter wel de ruime marge die de nationale staat heeft voor eigen keuzes).

11. Anders dan sommige kernartikelen van het EVRM – met name art. 5 en art. 8-11 – bevat art. 3 EP geen beperkingsclausule en dus ook geen legaliteitseis. Dat neemt niet weg dat rechtsstatelijkheid en de daaruit voortvloeiende eis van een wettelijke basis voor overheidsoptreden essentieel is voor de notie van een 'democratic society' waarvan het hele EVRM en zijn protocollen doortrokken zijn. Hoewel dit op zichzelf geen nieuwe benadering is – het Hof verwijst zelf bijvoorbeeld naar *Amuur t. Frankrijk* (EHRM 25

juni 1996, nr. 19776/92) is het wel goed om hier even nader bij stil te staan. Hoe moeten we de verhouding tussen *democratic society* en *rule of law* zien? Volgens de formule van het Hof is de *rule of law* 'one of the fundamental principles of a democratic society'. Zo wordt binding aan het recht opgenomen in de hoofdkenmerken van democratie. Binding aan het recht krijgt vorm door de legaliteitseis (geen overheidsbevoegdheden dan op basis van wettelijke voorschriften), maar ook door het principe dat rechterlijke beoordeling van overheidshandelen mogelijk moet zijn in elk geval waar fundamentele rechten in het geding zijn (art. 13 EVRM), en daarnaast in alle gevallen waar strafvervolgning of vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen plaatsvindt (art. 6 EVRM).

12. Het contrast tussen rechtsstatelijke eisen en democratische eisen is uiteraard pregnant in de gevallen waarin het politieke staatsrecht zich denkt te kunnen onttrekken aan rechtsstatelijke inbedding. Vanuit het rechterlijke kader bezien gaat het dan om 'political questions' en vanuit het politieke kader bezien gaat het om het tegengaan van 'juridisering' en het ontsnappen aan 'juristocracy', of – assertiever – om het 'primaat van de politiek'. Kwesties die de regulering van politieke partijen betreffen (de al dan niet publiekrechtelijke status van partijen, eisen aan interne organisatie, registratie bij de overheid, partijsubsidies, partijfinanciën in brede zin, campagnefinanciering, toezicht op campagnes, naamgeving van partijen, het gebruik van bepaalde uitingsmiddelen, de verhouding tussen partij en volksvertegenwoordigers) zijn hier bij uitstek controversieel. Geen Europees stelsel ontsnapt helemaal aan juridische regulering van de politieke partij. Sommige landen hebben specifieke wetgeving over de publiekrechtelijke status van partijen (Spanje, Duitsland), andere hebben wetgeving over het handelen van partijen (Verenigd Koninkrijk), weer andere hebben ongeschreven staatsrecht dat de relatie tussen partijen en fracties beheerst (Nederland).

13. In par. 62 formuleert het EHRM de hoofdvraag in de voorliggende zaak: was de beëindiging van klagers parlementaire mandaat in overeenstemming met de relevante voorschriften? Daar ligt een vraag achter: is die wetgeving in overeenstemming met de beginselen en eisen van art. 3 EP? Hier is niet alleen doelbinding (is er een legitiem doel?) maar ook proportionaliteit (is er sprake van een onevenredige inbreuk?) in het ge-

ding. In de toetsingssysteematiek onder art. 3 EP is zoals we zagen die proportionaliteit al enigszins ingebouwd. Het Hof gaat er in par. 63 van uit dat de desbetreffende wetgeving in het verlengde ligt van art. 3 EP ('pursuant to its obligation under Article 3 of Protocol No. 1'). Grappig is hier ook weer – net als in Azerbeidzjan in de zaak *Tahirov* (*Tahirov* t. Azerbeidzjan, EHRM 11 juni 2015, nr. 31953/11, «EHRC» 2015/160 m.nt. De Lange) – dat de schending van art. 3 EP bestaat in het niet-naleven van de nationale wet, in dit geval *zoals uitgelegd door het Constitutionele Hof*.

14. Hoe bijzonder was de Servische wetgeving op het punt van het imperatief mandaat? Art. 88 van de Parlementaire kieswet voorziet in het einde van het lidmaatschap ingeval een kamerlid niet langer lid van de partij is op welke lijst hij gekozen is. Dat artikel werd in 2003 door het Constitutionele Hof van Servië ongrondwettig verklaard. Uitgangspunt van het Constitutionele Hof was dat de kamerleden een mandaat van het volk hebben, niet van hun partij. Het EHRM sluit zich in par. 63 expliciet bij dit perspectief aan. Het is volgens het Hof duidelijk dat volgens de Servische wet het mandaat toebehoort aan het kamerlid en niet aan de politieke partij.

15. Aan het arrest is toegevoegd een *concurring opinion* van de Russische rechter Dedov, en een *partly dissenting opinion* van de Andorrese rechter Pastor Vilanova. Dedov acht de zaak van groot belang voor de bevordering van de democratie in landen met een stelsel van evenredige vertegenwoordiging. Dat is meteen al een moeilijk te begrijpen stelling omdat dezelfde knelpunten zich ook kunnen voordoen in een meerderheidsstelsel. In het Verenigd Koninkrijk is dit recent nog gebleken bij de discussie over de mogelijkheid van *recall* van parlementariërs, een discussie die geleid heeft tot de Recall of MPs Act 2015. Die *recall* zou kunnen gaan plaatsvinden op initiatief van kiezers binnen het kiesdistrict van de betreffende parlementariër. Dat is een scherpe breuk met het traditionele stelsel waarin het kamerlid tijdens zijn ambtstermijn maar op één manier afscheid kan nemen, en dat is door het aanvaarden van een betaald ambt in dienst van de Kroon (in de praktijk zijn er twee waarnaar men pleegt te solliciteren, en zodra de minister van Financiën – die daarover gaat – tot benoeming is overgegaan is men parlementariër-af vanwege de incompatibiliteit die voortvloeit uit S. 4 van de House of Commons Disqualification Act 1975 in samenhang

met deel III van Schedule 1 bij die wet). Wél zeer ter zake is een ander punt dat Dedov maakt: bij de politieke meningsverschillen tussen de parlementariërs en hun partij waren ook art. 9 en art. 10 EVRM in het geding. Het Hof heeft er echter voor gekozen om aan die klacht geen aandacht te besteden en de zaak uitsluitend onder art. 3 EP en art. 13 EVRM te onderzoeken. Dedov wijst er evenwel op dat de ijzeren greep die een partij op parlementariërs kan hebben het vrije debat binnen die partij belemmert, en daarmee eigenlijk de democratie als geheel ondermijnt. Evenzeer terecht is de nadruk die Dedov in zijn opinie legt op het feit dat het in een democratie noodzakelijk is dat de politieke organisaties de fundamentele vrijheden en democratische waarden respecteren. Die boodschap is niet alleen voor Russische oren bestemd. Pastor Vilanova legt in zijn afzonderlijke oordeel allereerst de nadruk op het grote belang van het arrest-*Paunović* voor de beoordeling van de verhouding tussen politieke partijen en 'hun' volksvertegenwoordigers. Juist in het licht van die hogere democratische waarden is hij van mening dat er meer had moeten gebeuren dan alleen een schending constateren. Vergoeding van immateriële schade had volgens hem voor de hand gelegen. Dit temeer gelet op de psychische en medische gevolgen die het handelen van zijn politieke partij en de Servische overheid voor politicus Paunović.

16. Kan men zeggen dat art. 3 EP een fundament is voor de aanname dat parlementariërs een onafhankelijke positie bezitten en dat zij het recht hebben om hun politieke taken in onafhankelijkheid uit te voeren? Pastor Vilanova lijkt dit aan te nemen, maar is daar een basis voor in het EVRM-recht zoals dat door het EHRM is uitgelegd? Dat vereist wel enige verbeeldingskracht, zou men zeggen. Toch is dit een uiterst fundamenteel punt, ook gelet op hetgeen hierboven is gezegd over de Nederlandse praktijk. Als een 'imperatief mandaat' strijd met art. 3 EP oplevert, en de nadruk dient te liggen op de individuele verantwoordelijkheid van de volksvertegenwoordiger ten overstaan van zijn kiezers, dan zit er inderdaad een zekere spanning tussen de greep van politieke partijen op parlementaire fracties enerzijds, en het democratisch beginsel van art. 3 EP anderzijds. 17. Aparte aandacht verdient de behandeling van art. 13 EVRM. Klager had niet alleen schending van art. 3 EP gesteld maar ook van art. 13 EVRM. Het EHRM pleegt zulke klachten te onderzoeken

onder art. 3 EP (zie de arresten genoemd in par. 68: *Riza e.a. t. Bulgarije*, EHRM 13 oktober 2015, nrs. 48555/10 en 48377/10, «EHRC» 2015/242, par. 95; *Gahramanli e.a. t. Azerbeidzjan*, EHRM 8 oktober 2015, nr. 36503/11, «EHRC» 2015/241 m.nt. De Morree par. 56; *Karimova t. Azerbeidzjan*, EHRM 30 september 2010, nr. 20799/06, «EHRC» 2010/128, par. 31-32; *Kerimli en Alibeyli t. Azerbeidzjan*, EHRM 10 januari 2012, nrs. 18475/06 en 22444/06, par. 29-30). Maar als de geschillen over kwesties ná verkiezingen opkomen, vindt wel een afzonderlijk onderzoek plaats onder art. 13 EVRM (*Grosaru t. Roemenië*, EHRM 2 maart 2010, nr. 78039/01, «EHRC» 2010/58 m.nt. Broeksteeg, par. 55-56). In deze laatste zaak – over de toedeling van een zetel aan een lid van de Italiaanse minderheid in het Roemeense parlement, terwijl een ander lid van dezelfde minderheid op dezelfde lijst meer stemmen had behaald – werd schending van zowel art. 3 EP als art. 13 EVRM jo. 3 EP vastgesteld. Datzelfde gebeurt nu ook in *Paunović*. De klachten over schending van art. 6 en art. 14 EVRM behoeven volgens het Hof geen afzonderlijke bespreking meer.

18. Waar het gaat om de betekenis van het EVRM (en art. 3 EP) voor het passief kiesrecht valt op dat *Gaulieder t. Slowakije* (EHRM 18 mei 2000, nr. 36909/97) een sterke gelijkenis vertoont met de *Paunović*-casus: een contract met de politieke partij, een ongedateerde ontslagbrief, fractiesplitsing en opzegging van Gaulieders kamerlidmaatschap door de partij. Het verschil bestond hierin dat het Constitutioneel Hof van Slowakije op 23 juli 1997 bevond dat klagers constitutionele rechten geschonden waren door de resolutie van de Nationale Raad (het parlement) waarbij zijn lidmaatschap was beëindigd. Van dit oordeel van het Constitutioneel Hof had de Nationale Raad zich echter niets aangetrokken. Wel had later, na verkiezingen, de nieuwgekozen NR zijn spijt betuigd aan de klager, en – nog later – ook de betreffende Resolutie ingetrokken. Hangende de procedure in Straatsburg was de zaak door de regering en de klager geschikt, met inbegrip van een vergoeding van materiële schade en een symbolische vergoeding (SKK 1 = 1 Slovaakse koruna) van immateriële schade. De zaak werd derhalve in Straatsburg van de rol geschrapt.

19. Het Hof en de andere EVRM-organen hebben minder kans gehad om zich over het passief kiesrecht uit te spreken (*Ždanoka*, par. 106). Uitgangs-

punt is opnieuw dat de verdragsstaten een marge hebben, zelfs een ‘considerable latitude’, bij het vaststellen van constitutionele regels betreffende de status van volksvertegenwoordigers, en daar vallen ook de regels met betrekking tot verkiesbaarheid onder. Interessant is hier de woordkeuze van het Hof: ‘Although they have a common origin in the need to ensure both the independence of elected representatives and the freedom of choice of electors, these criteria vary in accordance with the historical and political factors specific to each State’ (*Ždanoka*, reeds aangehaald, par. 106). Uitgangspunt is kennelijk dat dit type regels altijd in beginsel gericht moet zijn op onafhankelijkheid van volksvertegenwoordigers en keuzevrijheid van de kiezers. Deze twee elementen in combinatie met elkaar wijzen erop dat het Hof uitgaat van de systeem-eis van een zekere terughoudendheid in de rol van politieke partijen, maar zonder dat precies kan worden gezegd wat die rol is. In samenhang met het passief kiesrecht staan ook de zaken over toezicht op de verkiezingen en de eerlijkheid van het verloop van de verkiezingen: bijv. *Kerimli & Alibeyli t. Azerbeidzjan*, reeds aangehaald (falen van Constitutioneel Hof van Azerbeidzjan in zijn toezichthoudende taak; het EHRM is hier spijkerhard in zijn oordeel: de beslissing van het Constitutioneel Hof om de verkiezingen in een aantal districten ongeldig te verklaren ‘lacked any degree of transparency’). Ook het hanteren van (te) strakke termijnen kan de ‘effectiveness’ van verkiezingsprocedures ondermijnen. Het EHRM verwijst hier zelf – in *Kerimli* par. 37 – naar *Namat Aliyev t. Azerbeidzjan*, EHRM 8 april 2010, nr. 18705/06, par. 90. Voor een overzicht van de rechtspraak verwijst het EHRM hier naar *Orujov t. Azerbeidzjan*, EHRM 26 juli 2011, nr. 4508/06, par. 40-42. Ook *Atakishi t. Azerbeidzjan*, EHRM 28 februari 2012, nr. 18469/06 (schending van art. 3 EP) betreft passief kiesrecht. De vermelding van klager op de kandidatenlijst was door de kiesraad geschrapt omdat er één klacht was binnengekomen over vermeend kopen van stemmen, en een aantal klachten over beledigend gedrag van de klager. Het EHRM bevindt een schending, hierin bestaande dat zijn uitsluiting geen solide feitelijke – evidentiele – basis had, en was gebaseerd op irrelevant, ontoereikend en onvoldoende onderzocht bewijsmateriaal, waarbij de rechterlijke beslissingen van de nationale instanties geen blijk gaven van een toereikende juridische redenering, en er bovendien

voor de klager geen toereikende procedurele waarborgen bestonden tegen willekeur (*Atakishi*, reeds aangehaald, par. 47-48). Soortgelijke overwegingen gaven ook de doorslag in *Abil t. Azerbeidzjan*, EHRM 21 februari 2012, nr. 16511/06. Zie ook *Tahirov t. Azerbeidzjan*, reeds aangehaald, en mijn noot daaronder in «EHRC» 2015/160. Uit *Melnychenko (Melnychenko t. Oekraïne)*, EHRM 19 oktober 2004, nr. 17707/02, «EHRC» 2004/109 m.nt. Broeksteeg, par. 57) bleek dat de eisen die aan de uitoefening van passief kiesrecht gesteld kunnen worden strenger mogen zijn dan de eisen ten aanzien van actief kiesrecht. Zie in deze zin ook *Tahirov* par. 56.

20. Belangrijk punt in de kiesrecht-jurisprudentie van het EHRM is dat het nationale kiesrecht, als het goede waarborgen bevat die beantwoorden aan de waarborgen die uit art. 3 EP voortvloeien, correct en zorgvuldig dient te worden toegepast. De zaak *Tahirov* en de serie daaraan voorafgaande Azerbeidzjaanse zaken bieden daarvan voorbeelden. Op zichzelf was het Azerbeidzjaanse recht wel goed genoeg, maar het werd slordig en willekeurig toegepast. Dat is typerend voor de opstelling van het Hof ten opzichte van de eisen die uit art. 3 EP voortvloeien – of die anderszins fundamenteel zijn voor een ‘thin’ begrip van democratie, waarbij een vrije keuze van de burgers centraal staat voor het orgaan dat de voor hen bindende regels (mede)vaststelt – : verdragsconforme toepassing van het nationale recht kent een bepaalde bandbreedte, die door het EHRM wordt bewaakt en waarbinnen meer of minder streng toezicht op de nationale autoriteiten wordt gehouden.

21. Strategisch van belang is de houding die het Hof ten aanzien van het in het vorige punt bedoelde probleem inneemt: het is een houding van dialoog en van ‘nudging’, het voorzichtig duwen van de verdragsstaten in de goede, democratische richting. Zelden komt het voor dat een verdragsstaat zich van de oordelen van het EHRM helemaal niets aantrekt. De *Hirst*-sage is eigenlijk het enige voorbeeld dat opzien heeft gebaard. Het ‘nudgen’ blijkt in zoverre in ieder geval op het terrein van het kiesrecht behoorlijk succesvol. Onzeker is uiteraard of dat de komende jaren ook zo zal blijven.

R. de Lange

Hoogleraar staatsrecht en vergelijkend staatsrecht,  
Erasmus Universiteit Rotterdam

## 175

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
24 mei 2016, nr. 36934/08  
(Sajó (President), Zupančič, Tsotsoria, Pinto  
de Albuquerque, Kūris, Motoc,  
Kucsko-Stadlmayer)  
Noot mr. K. Lindenberg, tevens behorend bij  
«EHRC» 2016/159 en «EHRC» 2016/163

**Verbod van onmenselijke of vernederende  
behandeling. Positieve verplichtingen. Context-  
gevoelige benadering bij onderzoek. Effectief  
onderzoek bij vervolging verkrachting. Eis van  
instemming met seksuele handelingen.**

[EVRM art. 3]

*Klaagster is een 14-jarig meisje met een IQ van 68. Zij stelt dat zij op een avond door drie buurjongens gedwongen is meegenomen naar een tuin naast een verlaten gebouw, waar zij door een man is verkracht. Twee andere mannen keken toe, waarvan er een ook een poging deed om klaagster te verkrachten. Bij het latere lichamelijk onderzoek konden geen duidelijke tekenen van geweld worden gevonden, maar medisch gezien was ook niet uitgesloten dat klaagster was verkracht; in ieder geval ondervond zij van de gebeurtenissen psychologische consequenties. De mannen ontkenden echter dat sprake was van verkrachting en beweerden dat klaagster had ingestemd. De nationale autoriteiten achtten daardoor verkrachting niet aangetoond, en veroordeelden de mannen wegens het hebben van seks met een minderjarige. Het Hof stelt voorop dat het in eerdere zaken al heeft vastgesteld dat in verkrachtingszaken een contextgevoelige benadering moet worden gekozen waar het gaat om de waardering van de verklaringen die zijn afgelegd en de verificatie van de omstandigheden waarin de gebeurtenissen zich beweerdelijk hebben afgespeeld. Dat kan bijvoorbeeld door veel mensen te ondervragen in de nabijheid van de betrokkenen, zoals docenten, burens en vrienden, die licht kunnen werpen op de betrouwbaarheid van hun stellingen; ook kan expertbewijs worden ingewonnen bij een psycholoog. Dat is in het bijzonder noodzakelijk wanneer sprake is van een slachtoffer dat in een positie van bijzondere kwetsbaarheid verkeert, zoals in dit geval een meisje dat niet alleen minderjarig is, maar bovendien een intellectuele achterstand heeft. De procedure moet dan zodanig zijn ingericht dat bij-*



voorbeeld extra aandacht kan worden besteed aan de aannemelijkheid dat zo'n meisje bewust kan instemmen met seksuele handelingen, in het bijzonder ook in de omstandigheden van het geval (in dit geval: een koude avond en de betrokkenheid van zes mannen). Nu dat in dit geval allemaal niet is gebeurd, en vooral veel bewijs is gehecht aan het direct ontbreken van tekenen van geweld, is sprake van een schending van art. 3 EVRM.

I.C.  
tegen  
Roemenië

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## NOOT

1. Met arresten *M.G.C. t. Roemenië, A, B en C t. Letland* en *I.C. t. Roemenië* voltooit het EHRM binnen enkele maanden een bijzonder drieluik op het gebied van positieve verplichtingen in de context van seksueel misbruik (*M.G.C. t. Roemenië*, EHRM 15 maart 2016, nr. 61495/11, «EHRC» 2016/159; *A, B en C t. Letland*, EHRM 31 maart 2016, nr. 30808/11, «EHRC» 2016/163; *I.C. t. Roemenië*, EHRM 24 mei 2016, nr. 36934/08, «EHRC» 2016/175). Op dit drieluik hebben de panelen *M.G.C. t. Roemenië* (schending art. 3 en art. 8 EVRM) en *I.C. t. Roemenië* (schending art. 3 EVRM) zodanig uitgesproken kleuren dat alle verdragsstaten zich aangesproken zouden kunnen voelen, ook Nederland. Niettemin steekt *A, B en C t. Letland* (geen schending art. 8 EVRM) hiertegen nogal flets af, waardoor de andere twee sterk aan kracht inboeten. Ik kom hierop nog uitgebreid terug. Natuurlijk kan een rol spelen dat *A.B.C. t. Letland* (Vijfde Kamer) niet van dezelfde makers afkomstig is als die van de andere twee (Vierde Kamer). Maar het achterhalen van 'de bedoeling van het EHRM' is aldus weer een zoekplaatje geworden waarbij behoedzaamheid is geboden. Met deze constatering in het achterhoofd zullen hieronder enkele opvallende onderdelen van de arresten worden verkend. Daarbij staat de vraag centraal wanneer verdragsstaten voor de bescherming van de seksuele integriteit verplicht zijn het strafrecht in te zetten (nrs. 2-4), en, zo die verplichting bestaat, met welke intensiteit die inzet moet plaatsvinden (nrs. 5-8). De beantwoording daarvan brengt ons uiteindelijk in eigen land (nrs. 9-

13), omdat door de eerder genoemde bombastische kenmerken van *M.G.C. t. Roemenië* en *I.C. t. Roemenië* twijfel kan ontstaan over het hier te lande geboden beschermingsniveau tegen seksueel misbruik. Dat is met name in het huidige tijdsgewricht een interessante kwestie, omdat de overheid thans voorbereidingen treft voor een grondige wijziging van de zedendelicten (*Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 300).

2. In de voorliggende arresten wordt ingehaakt op eerdere jurisprudentie over positieve verplichtingen in het kader van art. 3 en art. 8 EVRM (zie voor verdere verwijzingen de genoemde paragrafen uit de drie arresten). Art. 3 EVRM verplicht staten tot het nemen van maatregelen ter bescherming van individuen tegen de daarin genoemde handelingen (kortweg: 'ill-treatment'), ook wanneer deze veroorzaakt zijn door medeburgers. Deze maatregelen moeten leiden tot effectieve bescherming, in het bijzonder van kinderen en andere kwetsbare personen, en dienen onder meer te bestaan uit het nemen van 'reasonable steps' om 'ill-treatment' waarvan de staat wist of had moeten weten, te voorkomen. In geval van kwetsbare personen, waaronder mensen met een beperking, moeten staten bijzonder waakzaam en beschermend optreden, omdat het vermogen of de wil van deze personen om over een incident te klagen kan zijn aangetast (*I.C. t. Roemenië*, par. 51; *M.G.C. t. Roemenië*, par. 54). In de sfeer van art. 8 EVRM alleen, komt aan verdragsstaten in beginsel beoordelingsvrijheid toe met betrekking tot de wijze waarop tegen handelingen van individuen wordt beschermd. Niettemin vraagt effectieve afschrikking tegen ernstige feiten zoals verkrachting ook in het kader van art. 8 EVRM om efficiënte strafbaarstellingen (*M.G.C. t. Roemenië*, par. 55). Op deze gronden – en ook gelet op de verschillende internationale afspraken die op dit terrein bestaan – behelzen art. 3 en art. 8 EVRM volgens het Hof de positieve verplichting om verkrachting en seksueel misbruik van kinderen, waarbij telkens 'fundamental values en essential aspects of private life' in het geding zijn, op effectieve wijze strafbaar te stellen en aan die strafbaarstelling uitvoering te geven door effectieve onderzoeken en vervolgingen. Dit laatste betekent evenwel niet dat een absoluut recht bestaat op opsporing en vervolging; het komt erop aan in hoeverre de staat verwijtbaar heeft gehandeld (*M.G.C. t. Roemenië*, par. 55-58; *A, B en C t. Letland*, par. 148; *I.C. t. Roemenië*, par. 52). Opmer-



kelijk is dat in *I.C. t. Roemenië* (par. 52) en *M.G.C. t. Roemenië* (par. 59) voor het eerst de kernoverwegingen uit *M.C. t. Bulgarije* uit 2003 weer integraal worden opgetekend, inclusief de stelling dat art. 3 en art. 8 EVRM vragen om strafbaarstelling en effectieve vervolging van “any non-consensual sexual act”, of nu blijkt van verzet of niet (*M.C. t. Bulgarije* EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98, «EHRC» 2004/6 m.nt. Mols).

3. Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat het strafrecht dient te worden ingezet tegen gedragingen die volgens het Hof in aanmerking komen voor het stempel ‘verkrachting’ of ‘seksueel misbruik van kinderen’, of anderszins een ‘non-consensual sexual act’ kunnen worden genoemd. Dat kon ook wel uit eerdere jurisprudentie worden gereconstrueerd, maar het is belangrijk op te merken dat deze jurisprudentie wordt bestendigd, vooral met betrekking tot ‘any non-consensual sexual act’. Omdat die frase uit *M.C. t. Bulgarije* nog niet eerder was herhaald, was het de vraag of zij nog wel van waarde was. De herhaling in zowel *I.C. t. Roemenië* als *M.G.C. t. Roemenië* bewijst van wel. Een onvrijwillig ondergaane seksuele handeling laat zich overigens ook denken zonder dat de dader opzettelijk tegen de wil van de ander handelt. Tot nu toe bestonden evenwel geen aanwijzingen dat deze positieve verplichtingen ook gelden voor culpoze gedragingen (zie hierover nader: K. Lindenberg, ‘Zedendelicten en positieve verplichtingen’, in: J.H. Gerards en C.H. Sieburgh, *De invloed van positieve verplichtingen op het materiële recht*, Deventer 2013, p. 515-524). Thans kan in dat verband ook worden gewezen op het onderhavige *A, B en C t. Letland* (par. 113 en 167), waar het strafrechtelijk onderzoek naar mogelijk ontuchtig handelen stukliep op het ontbreken van bewijs van een seksuele intentie van de dader. Het EHRM toont zich hier begripvol, nadat het ook al uitdrukkelijk had geciteerd uit de toelichting op het Verdrag van Lanzarote, waarin wordt benadrukt dat de in het verdrag opgenomen verplichtingen zich beperken tot opzettelijk handelen ten aanzien van alle bestanddelen. Vooralsnog mag dus worden verondersteld dat de plicht om het strafrecht in stelling te brengen tegen de zojuist genoemde gedragingen (‘verkrachting’, ‘seksueel misbruik van kinderen’, of een anderszins ‘non-consensual sexual act’) alleen bestaat in geval van opzettelijk handelen. Een uitzondering zou wellicht kunnen gelden voor staten die culpoos han-

delen in een seksuele context al wel uitdrukkelijk strafbaar hebben gesteld, maar vervolgens aan die strafbaarstellingen te weinig uitvoering geven.

4. Voor de vraag tegen welke gedragingen door individuen het strafrecht dient te worden ingezet, is voorts door de Grote Kamer in 2013, in *Söderman t. Zweden*, een apart afwegingskader geformuleerd (EHRM 12 november 2013 (GK), nr. 5786/08, «EHRC» 2014/36 m.nt. Lindenberg). Interessant is dat dit afwegingskader leidend is gemaakt in het voorliggende *A, B en C t. Letland* (par. 147-151). Het afwegingskader behelst de volgende driedeling: (1) zaken die vallen binnen de sfeer van art. 3 en art. 8 EVRM en betrekking hebben op geweld, verkrachting of ander seksueel misbruik waarvan kinderen het slachtoffer zijn, (2) zaken die de ernst van de vorige categorie weliswaar niet halen, maar wel binnen de sfeer van art. 8 EVRM vallen en een bedreiging vormen voor het lichamelijk en geestelijk welzijn van een minderjarige, en (3) minder ernstige gedragingen die mogelijk de geestelijke integriteit van het individu schenden en in de sfeer van art. 8 EVRM vallen. Volgens de Grote Kamer moeten gevallen in categorie 1 en 2 door het strafrecht worden gedekt, maar kan voor gevallen in categorie 3 een civielrechtelijke actie in beginsel volstaan. In *Söderman* werd aangenomen dat het daar ter beoordeling liggende heimelijk filmen van een naakt minderjarig meisje niet de ernst van categorie 1 en 2 haalde en dat een civielrechtelijke actie afdoende bescherming bood (*Söderman t. Zweden*, eerder aangehaald, par. 81-86, 108). In *A, B en C t. Letland* gebruikt het Hof de *Söderman*-criteria voor de beoordeling van handelingen die een Letse sportcoach zou hebben verricht jegens drie meisjes in de leeftijd van circa 13, 15 en 16 jaar (*A, B en C t. Letland*, par. 152-163). Hierover is evenwel weinig zinnigs te zeggen door de vage weergave van de feiten en door onduidelijke motiveringen. In het algemeen blijkt wel dat categorie 2 van de *Söderman*-indeling (kort gezegd: een handeling die een bedreiging vormt voor het lichamelijk en geestelijk welzijn van een minderjarige) in *A, B en C t. Letland* nogal rekkelijk wordt gehanteerd. Handelingen die alleen een bedreiging lijken te vormen voor het geestelijk welzijn worden toch onder categorie 2 gerubriceerd (vergelijk de *dissenting opinion* van rechter Mits, overweging nr. 7), terwijl andere handelingen die daarvoor niet veel onderdoen, in categorie 3 en dus buiten de strafrechtelijke verplichtingen worden ge-

plaatst. In *A, B en C t. Letland* lijkt dus het fysieke aspect in categorie 2 (lichamelijk welzijn) op de achtergrond te treden. Die benadering zou kunnen worden toegejuicht. Zeer ernstige beïnvloeding van de seksuele ontwikkeling van jeugdigen laat zich immers ook goed denken zonder een fysieke component. Niettemin is met een elastische uitleg van de *Söderman*-criteria de voorzienbaarheid van de strafrechtelijke verplichtingen natuurlijk niet gediend. Wat dat betreft doet rechter Grozev in zijn *dissenting opinion* bij *A, B en C t. Letland* er nog een schepje bovenop. Hij vindt dat alle ter beoordeling liggende gedragingen niet ernstig genoeg zijn om te voldoen aan categorie 2 van het *Söderman*-kader, en ziet dus geen verplichte rol voor het strafrecht weggelegd. Hij komt evenwel tot de conclusie dat de gedragingen wel kunnen worden aangeduid als 'seksueel misbruik van een kind' (zie de derde alinea van zijn *dissenting opinion*). Daarbij gaat hij eraan voorbij dat die term in de jurisprudentie van het Hof stevast wordt gebruikt als een omstandigheid waarbij strafrechtelijke plichten evident zijn. Spraakverwarring ligt dus op de loer, en daarmee ook de bloedeloosheid van het leerstuk van positieve verplichtingen in deze context.

5. Tot zover is vooral gekeken naar seksuele gedragingen ten aanzien waarvan de inzet van het strafrecht door het Hof onontbeerlijk wordt geacht. Een volgende kwestie betreft de vraag op welke wijze verplichte inzet van het strafrecht vorm moet krijgen. Hoe intensief dient de inzet te zijn en welke criteria hanteert het Hof om na te gaan of deze verplichtingen zijn nagekomen? Wat betreft de algemene maatstaf om nakoming te toetsen, werd in oudere Kamer-arresten met enige regelmaat de zogenoemde 'significant flaws-test' gehanteerd (zijn er "such significant flaws as to amount to a breach"?). In het *Söderman*-arrest stelde de Grote Kamer dat een dergelijke toets begrijpelijk is bij de beoordeling van een strafrechtelijk onderzoek, maar dat het primair gaat om de vraag of in de verdragsstaat in het concrete geval een 'adequate legal framework' functioneerde (*Söderman t. Zweden*, eerder aangehaald, par. 89-91; zie over deze discussie en voor verdere verwijzingen de annotatie onder *Söderman*). Geïmpliceerd kan worden dat het Hof in de voorliggende arresten *A, B en C t. Letland* (par. 173) en *M.G.C. t. Roemenië* (par. 60) toch een prominente plek inruimt voor de 'significant flaws'-toets. In laatstgenoemd arrest wordt deze toets

ook betrokken bij de beoordeling van de stand van de jurisprudentie in Roemenië en bij de beoordeling van de wetsuitleg in het concrete geval. De verhouding tussen de 'adequate legal framework'-toets en de 'significant flaws'-toets is dus klaarblijkelijk nog in ontwikkeling.

6. Dan naar de meer concrete criteria waaraan de inzet van het strafrecht moet voldoen. Onder het aanhalen van eerdere jurisprudentie en internationale instrumenten, wordt het kader in de onderhavige arresten uiteengezet, zij het wat gefragmenteerd. Wat de strafwetgeving betreft, moet deze in ieder geval niet zo zijn opgesteld dat nakoming van de positieve verplichtingen onmogelijk moet worden geacht. Dat zou bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de strafbaarstelling van verkrachting zou vereisen dat het slachtoffer zich heeft verzet (zie bijvoorbeeld *M.G.C. t. Roemenië*, par. 63, en daarvoor al *M.C. t. Bulgarije*, eerder aangehaald, par. 170). Is de strafbaarstelling niet op voorhand gebrekkig te noemen, dan komt het aan op de wijze waarop opsporingsinstanties en rechters uitvoering geven aan die wetgeving, zowel in het algemeen als in het concrete geval. Bij de opsporing en vervolging wordt een 'context-sensitive assessment' verwacht, wat bij minderjarige slachtoffers ook een 'child-sensitive assessment' betekent (zie *M.G.C. t. Roemenië*, par. 62, 65 en 70; *I.C. t. Roemenië*, par. 54, 58; en eerder bijvoorbeeld *C.A.S. & C.S. t. Roemenië*, EHRM 20 maart 2012, nr. 26692/05, «EHRC» 2012/164 m.nt. De Graaf, par. 78). Daarbij horen de autoriteiten alle feiten door te lichten en te beslissen tegen de achtergrond van alle omstandigheden van het geval (*A, B en C t. Letland*, par. 165; *M.G.C. t. Roemenië*, par. 71-72). Staat de verklaring van het slachtoffer lijnrecht tegenover die van de verdachte, dan dient grondig onderzoek te worden verricht naar de betrouwbaarheid van de verklaringen. Gedacht moet worden aan het bevelen van een psychologische rapportage en aan het onderfragen van mensen die dichtbij het slachtoffer respectievelijk de verdachte staan, zoals vrienden, burens en leraren (*I.C. t. Roemenië*, par. 54). En ingeval de ontlastende verklaringen afkomstig zijn van medeverdachten of van getuigen die een band hebben met de verdachte of medeverdachten, kan dat tevens meebrengen dat de betrouwbaarheid van die verklaringen extra aandacht moet krijgen (*M.G.C. t. Roemenië*, par. 71). Bij vermeende zedendelicten tegen kinderen of anderszins kwetsbare personen blijft het EHRM de

lat dus hoog leggen (zie hierover eerder Vellinga-Schootstra in haar annotatie onder *M. en C. t. Roemenië*, EHRM 27 september 2011, nr. 29032/04, «EHRC» 2011/164).

7. Om twee redenen vraag ik mij af of het EHRM de lat hier niet te hoog legt. Ten eerste: de instructies van het Hof met betrekking tot het doen van nader onderzoek tamboeren vooral op de materiële waarheidsvinding en worden niet of nauwelijks afhankelijk gesteld van de vraag wat voor effecten dat nader onderzoek op het slachtoffer en de verdachte kan hebben. Autoriteiten uit verdragsstaten die ijverig aan de *res interpretata* van het Hof uitvoering willen geven, zien we daardoor meteen al aanbellen bij allerlei burens, vrienden en bekenden van het slachtoffer en de verdachte, om de onderste steen boven te krijgen. Vanzelfsprekend ligt dat bij zedenzaken evenwel uiterst precair. Een te grote onderzoeksdrijf lokt reële risico's uit voor zowel secundaire victimisatie van het slachtoffer als onherstelbare stigmatisering van de (slechts) verdachte. Met andere woorden: door ontbrekende nuancerings in de instructies van het Hof is het gevaar voor de ongewenste repressieve werking van positieve verplichtingen (Van Kempen, *Repressie door mensenrechten*, Nijmegen 2008) weer wat groter geworden. De tweede reden dat het EHRM de lat in mijn ogen mogelijk te hoog legt, is kort gezegd dat uit de onderhavige arresten *I.C. t. Roemenië* en *M.G.C. t. Roemenië* blijkt dat het Hof de contextgevoelige procesbenadering zo extreem doortrekt, dat dit ook betekenis heeft voor de vrijheid op het gebied van het materiële strafrecht. Ik zal dit toelichten.

8. Vooropgesteld zij dat *I.C. t. Roemenië* en *M.G.C. t. Roemenië* gaan over ernstige verdenkingen. De klagers stellen het slachtoffer te zijn geworden van verkrachtingen. Beiden waren ten tijde van de feiten minderjarig en bij de één werd een verstandelijke beperking geconstateerd. Het gaat dus om kwetsbare slachtoffers. In beide gevallen werd door de verdachten volgehouden dat de handelingen consensueel waren. Dat leidde uiteindelijk tot veroordelingen wegens het seksueel binnendringen bij een minderjarige, niet wegens verkrachting. Voor de hoofdverdachten waren de straffen drie jaren voorwaardelijke gevangenisstraf (bij *I.C. t. Roemenië*) en drie jaren onvoorwaardelijke gevangenisstraf (bij *M.G.C. t. Roemenië*). Ondanks deze straffen constateert het EHRM een schending van art. 3 EVRM (*I.C. t. Roemenië*) en een schending van art. 3 en 8 EVRM (*M.G.C. t.*

*Roemenië*). Die schendingen vinden hun grondslag kort gezegd hierin, dat het OM en de rechterlijke macht meer werk hadden moeten maken van het verkrachtingsverwijt (*I.C. t. Roemenië*, par. 53-61; *M.G.C. t. Roemenië*, par. 60-75). Wie de betreffende gang van zaken in de arresten erop naslaat, valt inderdaad misschien van verbazing achterover. De autoriteiten hebben veel steken laten vallen en de door rechters gebruikte ervaringsregels hebben veel weg van de bekende '*rape myths*', zoals de aanname dat meisjes en vrouwen die zich uitdagend kleden daarmee al impliciet toestemming geven voor seksuele handelingen. Opmerkelijk is wel dat het EHRM in de opsporing en berechting hier uitdrukkelijk een contextgevoelige uitleg van de Roemeense strafbaarstelling van 'verkrachting' verlangt (*I.C. t. Roemenië*, par. 55-58; *M.G.C. t. Roemenië*, par. 64-73). Deze strafbaarstelling is op de relevante punten vergelijkbaar met die van Nederland (art. 242 Sr). De indringendheid waarmee aan de eis van een contextgevoelige uitleg van 'verkrachting' wordt vastgehouden, wekt bevreemding. Het EHRM impliceert dat bij jonge kinderen en verstandelijk beperkten de onvrijwilligheid in de context van 'verkrachting' al snel moet worden behandeld als sterk rechtsvermoeden. Wanneer het EHRM dan ook nog vraagt om bij 'verkrachting' de onvrijwilligheid centraal te stellen (*I.C. t. Roemenië*, par. 56; *M.G.C. t. Roemenië*, par. 64, 72), dan ligt de drempel om in dergelijke situaties het delict 'verkrachting' aan te nemen natuurlijk niet bijzonder hoog. Maar wat hebben Roemenië, Nederland en alle andere EVRM-landen dan aan hun bijzondere zedenbepalingen die bedoeld zijn om, door een lagere bewijslast, kwetsbaren extra bescherming te bieden? Zo kan men zich afvragen wat nog de functie is van ons art. 244 Sr (seksueel binnendringen bij iemand jonger dan twaalf jaar) wanneer art. 242 Sr (verkrachting; 'dwingen') daaraan telkens zou moeten derogeren met een sterk verwaterde en dus open inhoud. Het uiteindelijk effect van deze insteek is dat het delict 'verkrachting' alles opslokt en een 'catch-all provision' wordt voor elk geval van seksueel misbruik waarbij sprake is van een binnendringen. Aangezien geen enkel internationaal instrument in deze richting wijst en de voordelen van dit effect verre van evident zijn, is een dergelijke ontwikkeling te fundamenteel om door het EHRM te worden aangestuurd. Het is ook op dit punt dat het mij voorkomt dat het EHRM de lat net een paar treden te

hoog legt. Zoals in de inleiding aangegeven, kan misschien een relativering worden gevonden in het veel fletsere *A., B. en C. t. Letland* (geen schending art. 8 EVRM), als onderdeel van het arresten-drieluik. Ook in die zaak hebben de autoriteiten lang niet het onderste uit de kan gehaald en zich eveneens bediend van twijfelachtige vooronderstellingen (par. 59-76). Natuurlijk gaat het in *A., B. en C. t. Letland* alleen om eventuele schending van art. 8 EVRM, maar ook met die vertaalslag is de harde lijn uit *I.C. t. Roemenië* en *M.G.C. t. Roemenië* nergens terug te vinden (het ontbreken van zo'n lijn in *A., B. en C. t. Letland* was overigens tegen het zere been van de Letse rechter Mits, zoals te lezen is in zijn *dissenting opinion*).

9. Wat ook zij van de extreme aanpak in *I.C. t. Roemenië* en *M.G.C. t. Roemenië*, in positieve zin kunnen de bewoordingen uit die arresten ons in ieder geval aan het denken zetten over de Nederlandse situatie. Is ons zedenrecht voldoende contextgevoelig? Het is bijvoorbeeld bekend dat mogelijk een vervelende leemte bestaat tussen art. 243 en 247 Sr enerzijds, waarin de bescherming van verstandelijk beperkten ligt besloten, en art. 242 en 246 Sr anderzijds, waarin verkrachting en aanranding strafbaar worden gesteld (zie over deze problematiek: M.M.M. Kooij, 'Bewijstechnische hobbels in zedenwetgeving: artt. 243 en 247 Sr onder de loep', *DD* 2012/72, en K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten?*, Zutphen 2016, p. 194-202, 436-448). Art. 243 en 247 Sr beschermen alleen de verstandelijk beperkte die 'aan een zodanige gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens lijdt dat hij niet of onvolkomen in staat is zijn wil daaromtrent te bepalen of kenbaar te maken of daartegen weerstand te bieden'. Dat is een strenge eis. Meerderjarige verstandelijk beperkten die niet beantwoorden aan deze omschrijving zijn voor de bescherming van hun seksuele integriteit afhankelijk van de interpretatie van het bestanddeel 'dwingen' in art. 242 en 246 Sr. De interpretatie van dat bestanddeel is evenwel nog klassiek te noemen: het vereist zowel onvrijwilligheid als onvermijdbaarheid aan de zijde van het slachtoffer, en opzet op deze omstandigheden aan de zijde van de dader (zie K. Lindenberg & A.A. van Dijk, eerder aangehaald, p. 205-229, met verwijzingen). De overwegingen uit Rb. Arnhem 27 maart 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW0051 zijn in dit kader illustratief: "Alles overziend, is de rechtbank van

oordeel dat er onvoldoende ondersteunend bewijs voorhanden is voor de tenlastegelegde dwang, geweld of bedreiging. (...) De omstandigheid dat aangever zwakbegaafd is en lijdt aan een meervoudige psychische problematiek brengt enerzijds mee dat hij extra bescherming behoeft, maar anderzijds betekent dat niet dat de rechtbank kan volstaan met een lagere drempel en het bewijs voor het tenlastegelegde gemakkelijker kan aanneemen dan in vergelijkbare zaken met een intellectueel en psychisch 'volwaardige' aangever".

10. De verhouding tussen de klassieke uitleg van 'dwingen' en een contextgevoelige benadering van verkrachting en aanranding kan dus als lastig worden ervaren. Dat is ook terug te zien in de Nederlandse rechtspraak over zaken waarin kinderen zouden zijn verkracht of aangerand. Het is goed hiervan enkele voorbeelden voor het voetlicht te brengen. Het eerste betreft de zaak tegen de Bossche zwemschoolhouder, die ook in hoger beroep werd veroordeeld ter zake van grootschalig misbruik van jonge kinderen. Van de zevenentwintig feiten die als aanranding ten laste waren gelegd, werden slechts twee als zodanig bewezen verklaard. Bij de vrijspraken overwoog het Hof Den Bosch veelzeggend: "Geen van de beschrijvingen van de filmbeelden bevatten een ondubbelzinnig blijk van bewustzijn bij de kinderen van het plegen van de ontuchtige handelingen, van bezwaren daartegen en van de onmogelijkheid daaraan te ontkomen." Zie Hof Den Bosch 26 mei 2011, *NJ* 2011/397, m.nt. Schalken. Voorts kan worden gewezen op Rb. Roermond 26 januari 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BL0661. De verdachte, een volwassen oppas van het slachtoffer, werd daarbij veroordeeld ter zake van het seksueel binnendringen bij iemand jonger dan 12 jaar (art. 244 Sr). De rechtbank stelde vast dat de verdachte, terwijl hij knuffelde met het jonge meisje en haar vasthield, onder haar onderbroek met zijn vinger bij haar binnendrong. Tevens bleek uit de gebezigde bewijsmiddelen dat hij wist dat zij dit niet leuk vond. Niettemin sprak de rechtbank vrij van de primair ten laste gelegde verkrachting, omdat niet was gebleken dat het meisje "niet de mogelijkheid had zich te onttrekken aan dat knuffelen en vasthouden". Iets soortgelijks speelde in Rb. Dordrecht 15 februari 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BP4626. Verdachte vroeg aan een hem onbekend meisje en haar broertje zijn fiets vast te houden, omdat de fiets een defect zou hebben. Verdachte heeft vervolgens, terwijl het meisje zijn

fiets vasthield, de billen van het meisje aangeraakt en erin geknepen. Primair was dit ten laste gelegd als aanranding, in de vorm van dwang door onverhoeds handelen. Dat het handelen onverhoeds was kon volgens de rechtbank echter niet vast komen te staan, aangezien “aangeefster heeft verklaard dat zij, voordat zij bij de billen werd aangeraakt en/of geknepen, bang was dat er zoiets ging gebeuren”, aldus de rechtbank. De rechtspraak biedt nog indrukwekkender gevallen, maar de daarbij relevante feiten en overwegingen zijn te complex om hier te bespreken. Ik verwijs nog korthedshalve naar Hof Leeuwarden 27 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR3370 (feit 6), Rb. Oost-Brabant 3 september 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:5196 (feit 1 en 3) en Hof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:876.

11. Tegenover deze voorbeelden staan overigens wel degelijk uitspraken waarin de rechter bij de interpretatie van ‘dwingen’ in het kader van verkrachting of aanranding van jeugdigen, duidelijk een contextgevoelige uitleg hanteert en vooral op basis daarvan tot een veroordeling komt (zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 1 december 2006, ECLI:NL:RBZUT:2006:AZ3509; Rb. Arnhem 2 februari 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL1641 en Rb. Overijssel 24 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2574). Ironisch genoeg maakt dit, samen met de soms moeilijk te begrijpen motivering van de vrijspraken, de Nederlandse situatie wellicht zelfs wat problematischer in het licht van het arrest *M.G.C. t. Roemenië*. Een van de pijlers voor het aannemen van een schending van art. 3 en 8 EVRM in dat arrest, wordt gevormd door de constatering dat de Roemeense rechtspraak niet in staat was gebleken tussen de betreffende strafbepalingen een helder onderscheid te maken: “it cannot be concluded that a settled and consistent practice had been developed by the national courts in order to clearly differentiate between cases of rape and those of sexual intercourse with a minor” (par. 65).

12. Terugkomend op de vraag of ons zedenrecht voldoende contextgevoelig is, blijkt, natuurlijk, dat beantwoording hiervan niet eenvoudig is. In termen van de positieve verplichtingen zoals die voortvloeien uit art. 3 en 8 EVRM, kan niet met overtuiging worden gezegd dat de Nederlandse wetgeving en bijbehorende strafrechtspraktijk niet voldoet. Daarvoor is de EHRM-rechtspraak te weinig harmonieus, ook binnen het onderhavi-

ge arresten-drieluik. Wel laat zich raden dat Nederland in de gevarenzone komt bij een minder contextgevoelige uitleg van de zedendelicten bij seksueel misbruik van verstandelijk beperkten. Deze personen kunnen dan immers duidelijk tussen wal en schip geraken. Het zal voor de wetgever geen makkelijke opgave zijn in een beter instrumentarium te voorzien, omdat het in dat kader moeilijk is evenwicht te vinden tussen seksuele vrijheid en afdoende bescherming. Eind 2016 wordt het conceptwetsvoorstel van de nieuwe zedelijkheidswetgeving verwacht en zullen we zien of het voornemen bestaat de betreffende delicten aan te scherpen. Wat de beoordeling van vermeende verkrachting en aanranding van kinderen betreft, kan erop worden gewezen dat de klassieke uitleg van ‘dwingen’ bepaalde contextgevoelige benaderingen zeer wel toelaat. Zo past ook in de klassieke uitleg van ‘dwingen’ de veronderstelling dat een kind over het algemeen sneller bang te maken is dan een volwassene. Een bedreiging die een volwassene nauwelijks zou deren, kan op een kind een sterk dwingende uitwerking hebben. Het hanteren van dat ervaringsfeit maakt de essentie van ‘dwingen’ nog niet contextafhankelijk. Anders wordt het wanneer een handeling die volledig vrijwillig door het kind is ondergaan, vanwege de leeftijd van het kind wordt bestempeld als onvrijwillig ondergaan. Dan wordt ‘dwingen’ tot construct gemaakt en vervagen onmiddellijk de grenzen tussen de dwangdelicten (verkrachting en aanranding) en de zedendelicten tegen jeugdigen.

13. Niettemin brengt dit alles mij opnieuw tot de gedachte dat het op het niveau van wetgeving misschien aanbeveling verdient om – voorzichtig aan, zoals veel landen ons op die wijze zijn voorgedaan – te overwegen om het dwangbegrip bij de delicten ‘verkrachting’ en ‘aanranding’ te vervangen door een bestanddeel dat alleen de onvrijwilligheid uitdrukt (kort gezegd: opzettelijk bij een ander tegen diens wil seksueel binnendringen; zie hierover eerder al o.m. R.S.B. Kool, ‘Verantwoorde seks’, in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constance waarden: liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, Den Haag 2008, p. 223-232, en K. Lindenberg, reeds aangehaald, p. 524-527). Wanneer daarbij nog steeds wordt vereist dat de onvrijwilligheid door het slachtoffer als zodanig is ervaren, wordt het risico vermeden dat de onvrijwilligheid al te snel wordt geconstrueerd. Het grote voordeel is dat we dan



af zijn van die lastige andere component van 'dwingen': de onvermijdbaarheid. Die component zorgt ervoor dat het herhaaldelijk communiceren van een 'nee, ik wil het niet', niet voldoende is (zie hierover K. Lindenberg, eerder aangehaald, p. 514-515, met verwijzingen). Dat zegt immers nog niets over het *gedwongen* zijn, over het redelijkerwijs niet anders kunnen. Bij het slachtoffer moet daarnaast nog blijken van hetzij verzet, hetzij de onmogelijkheid van verzet vanwege onverhoeds handelen door de dader of vanwege angst bij het slachtoffer. Voor personen die niet angstig worden, brengt dat dus, wanneer zij van de handelingen niet gediend zijn en deze toch zien aankomen, een plicht tot verzet met zich mee. Voor personen die wel angstig worden en zich daarom niet verzetten, kan dit bewijsproblemen opleveren. Angsten zijn niet altijd zichtbaar en ook niet altijd op een later tijdstip ten volle invoelbaar te maken. Bewijsrechtelijk kan dan weer de vraag rijzen waarom het slachtoffer zich niet heeft verzet. Aldus blijft het al dan niet bieden van verzet bij ons een belangrijke factor, iets wat de internationale instrumenten juist lijken te willen bestrijden. Daarvan getuige bijvoorbeeld art. 36 van het recent tot stand gekomen Verdrag van Istanbul, op grond waarvan Nederland verplicht is strafrechtelijke aansprakelijkheid te creëren voor het opzettelijk "zonder wederzijds goedvinden" op seksuele wijze bij een ander binnendringen (CETS nr. 210; zie hierover K. Lindenberg & A.A. van Dijk, eerder aangehaald, p. 226-228). Daarnaast kan natuurlijk worden gewezen op het reveil van de EVRM-verplichting om 'any non-consensual sexual act' strafbaar te stellen, zoals zichtbaar werd in *I.C. t. Roemenië* en *M.G.C. t. Roemenië*.

14. Terugblikkend op het arresten-drieluik constateer ik dat het, ondanks zijn rare kleurstellingen en uitschieters, toch nog een bezinnend en inspirerend effect heeft. Dat is misschien ook wel de grootste waarde van het vaak zo vage leerstuk van de positieve verplichtingen. Tegelijk moeten de uitspraken ook weer niet zo inspirerend werken dat zedenzaken in wet en uitvoering onnodig repressief worden aangepakt.

K. Lindenberg  
Universitair hoofddocent straf(proces)recht,  
Rijksuniversiteit Groningen

## 176

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
24 mei 2016, nr. 19181/09  
(Sajó (President), De Gaetano, Tsotsoria, Pinto de Albuquerque, Kūris, Motoc, Kucsko-Stadlmayer)

**Recht op een eerlijk proces. Verklaringen op politiebureau in afwezigheid advocaat. Geen herstel verzuim.**

[EVRM art. 6]

*Klager is aangehouden toen hij zwaar onder invloed van alcohol met een tractor door een stadscentrum reed. Hij is daarop eerst naar een ziekenhuis gebracht en daarna meegenomen naar een politiebureau, beweerdelijk voor identificatie en om informatie in te winnen, maar niet met het oog op strafrechtelijke ondervraging. Uiteindelijk volgden wel een vervolging en veroordeling. Klager stelt dat hij op het politiebureau ten onrechte geen advocaat heeft gekregen en ook niet is geïnformeerd over de ten laste gelegde feiten. De regering verweert zich met het standpunt dat hier ook geen advocaat hoefde te worden aangeboden omdat er nog geen strafrechtelijke vervolging was. Het Hof beredeneert echter dat vooral rekening moet worden gehouden met de kwetsbare positie van de verdachte, en dat moet worden gekeken of in de omstandigheden van het geval ondersteuning van die verdachte redelijk was. In dit geval is duidelijk uit de feiten dat van meer sprake was dan een enkel naar het bureau brengen om informatie uit te wisselen, zodat de rechten van de verdachte op dat moment terdege hadden moeten worden gerespecteerd. Nu dat niet is gebeurd en dat verzuim ook niet verderop in de procedure is hersteld, is sprake van een schending van art. 6 EVRM.*

Sîrghi  
tegen  
Roemenië

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## 177

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
24 mei 2016, nrs. 36915/10 en 8606/13  
(Laffranque (President), Karakaş, Vučinić,  
Lemmens, Kjølbros, Mourou-Vikström,  
Ravarani)

**Vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst.  
Gebouwen voor religieuze activiteiten. Margin  
of appreciation. Ruimtelijke ordening. Proportionaliteit.**

[EVRM art. 9]

*Klager is een kleine gemeenschap van Jehova's Getuigen in Turkije, die al jaren religieuze bijeenkomsten organiseert in een appartement. Na een verandering van regelgeving trekken de autoriteiten hun toestemming hiervoor in; deze activiteit past niet in de bestemmingsplannen. Gebouwen mogen alleen voor religieuze activiteiten worden gebruikt als ze een bepaalde omvang hebben, en daaraan voldoet het appartement niet. Het Hof constateert dat het bijeen kunnen komen voor religieuze bijeenkomsten een belangrijk aspect is van de godsdienstvrijheid. Weliswaar kunnen geloofsgemeenschappen niet op grond van art 9 EVRM aanspraak maken op een passende omgeving om dat geloof te kunnen belijden, maar voor het onthouden van de mogelijkheid om dat te kunnen doen moeten wel zwaarwegende redenen bestaan. Tegelijkertijd is er bij ruimtelijke ordening een ruime margin of appreciation, maar niettemin vergt art. 9 EVRM dan dat er een afweging wordt gemaakt tussen de belangen van ruimtelijke ordening en het recht om uitdrukking te geven aan het geloof. Daarbij speelt een bijzondere rol dat ook met kleine geloofsgemeenschappen rekening moet worden gehouden, en dat de behoeften van dergelijke kleine gemeenschappen over het algemeen niet zo groot zijn en derhalve in veel gevallen niet alle standaardvereisten voor dergelijke gebouwen uiterst noodzakelijk zijn. Die afweging is in dit geval op geen enkele manier gemaakt, en de opgelegde voorwaarden zijn al te rigide geweest. Daardoor is sprake van strijd met art. 9 EVRM.*

*Association de solidarité avec les témoins de Jéhovah e.a.*

tegen

*Turkije*

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## 178

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
31 mei 2016, nrs. 2430/06, 1454/08, 11670/10  
en 12938/12

(López Guerra (President), Jäderblom, Keller,  
Silvis, Dedov, Lubarda, Pastor Vilanova)

**Recht op een eerlijk proces. Oproep voor zitting niet ontvangen. Geen bewijs van correcte notificatie. Geen verificatie inzake notificatie zittingsdatum.**

[EVRM art. 6]

*Klagers zijn allemaal betrokken geweest bij civiele procedures, waarbij hoger beroep is ingesteld maar zij niet op een goede manier zijn geïnformeerd over de zittingsdatum. In al hun zaken is in absentia uitspraak in hoger beroep gedaan. Zij klagen over schending van art. 6 EVRM door gebrekkige notificatie van de zittingsdatum. Het Hof herhaalt uitgebreid zijn vaste rechtspraak over het belang van persoonlijke aanwezigheid ter zitting in een civiele procedure, waarbij het niet nodig is om aan te tonen dat de betrokkene is benadeeld doordat geen zitting heeft plaatsgevonden. Beperkingen zijn mogelijk met het oog op een goede rechtsbedeling, maar dit mag niet ten koste gaan van procedurele waarborgen. Dit geldt nog in het bijzonder in Rusland, waar in hoger beroep altijd hoorzittingen moeten plaatsvinden. Het is dan van extra groot belang dat de betrokkenen daarover goed worden geïnformeerd. Het Hof heeft al vaak schendingen van art. 6 EVRM vastgesteld in dit verband, waar rechters niet hebben gecontroleerd of de partijen wel echt op de hoogte waren gesteld van een zittingsdatum; de rechter kan niet zomaar aannemen dat iemand afstand heeft gedaan van zijn recht om in persoon aanwezig te zijn zonder te bekijken of de notificatie op een correcte manier heeft plaatsgevonden. Ook in het onderhavige geval is gebleken dat alle klagers niet op de hoogte waren van de zittingsdatum en dat niet uit de uitspraken in*

*hoger beroep blijkt dat is nagegaan of zij wel correct waren geïnformeerd. Gelet daarop is sprake van een schending van art. 6 EVRM.*

*Gankin e.a.*  
tegen  
Rusland

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## 179

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
31 mei 2016, nr. 17280/08  
(Sajó (President), Zupančič, Tsotsoria, Pinto de Albuquerque, Kūris, Motoc, Kucsko-Stadlmayer)

**Recht op een eerlijk proces. Recht op respect voor privé- en familielevens. Ondercuratelestelling zonder mogelijkheid voor de betrokkene om te worden gehoord.**

[EVRM art. 6, 8]

*Klager lijdt aan een ernstige vorm van schizofrenie. Om die reden wordt er een procedure gestart om hem onder curatele te stellen, aanvankelijk buiten medeweten van klager zelf. Hij wordt in ieder geval ook niet gehoord ter zitting. Na de procedure in de rechtbank probeerde klager hoger beroep in te stellen en rechtsbijstand te krijgen, maar ook daarin slaagde hij niet. Het EHRM beoordeelt de zaak onder art. 6 EVRM en stelt vast dat de meeste precedentes over procedures jegens personen met een geestelijke stoornis over vrijheidsbeneming gaan en op art. 5 EVRM zijn gebaseerd. Nu de onderliggende principes voor beide bepalingen gelijk zijn, kunnen die analoog worden toegepast. Zoals het Hof eerder heeft vastgesteld, moet een procedure waarbij vergaande maatregelen worden getroffen die de autonomie betreffen, zoals ook procedures over curatele, zorgvuldig zijn en in ieder geval een mogelijkheid geven voor de betrokkene om zijn visie te geven. Dat geldt in ieder geval waarin zo'n persoon in staat is een coherente visie uit te spreken. In dit geval was dit wel duidelijk – klager was een relatief zelfstandig levend persoon en wilde zelf ook graag in de procedure participeren nadat hij eenmaal op de hoogte was geraakt van het bestaan daarvan. Hij had dan ook in ieder*

*geval in de gelegenheid moeten worden gesteld om zijn visie te geven, zeker ook nu de beoordeling grotendeels was gebaseerd op het gegeven dat hij een geestelijke stoornis had en daarmee dus een inschatting van zijn persoon betrof. Klager was bovendien niet voldoende vertegenwoordigd in de procedure en ook verder is er procedureel erg onzorgvuldig en overmatig formalistisch gehandeld. Gelet op deze omstandigheden is er duidelijk sprake van een schending van art. 6 EVRM. Het Hof beoordeelt vervolgens ook de klacht op grond van art. 8 EVRM, waarbij het vooropstelt dat er geen rechtstreekse relatie mag worden gelegd tussen het gegeven dat iemand een geestelijke stoornis heeft en zijn ondercuratelestelling. Er was voor de rechter echter geen keuze. Dat is problematisch, zeker nu het bij deze situatie gaat om een grond waarbij normaal gesproken 'very weighty reasons' moeten bestaan voor benadelende maatregelen. Het Hof stelt hierbij ook vast dat er weliswaar geen procedurele vereisten zijn die in art. 8 EVRM staan vermeld, maar dat de omvang van de margin of appreciation van de staat wel afhankelijk is van de kwaliteit van het besluitvormingsproces. Als de procedure ernstig tekort is geschoten, is er sneller kritiek op de autoriteiten mogelijk. Nu dit hier duidelijk aan de orde is, is sprake van een schending van art. 8 EVRM.*

*A.N.*  
tegen  
Litouwen

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## Ontvankelijkheidsbeslissingen EHRM

180

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
3 mei 2016, nr. 77032/12  
(Nußberger (President), Yudkivska, Møse,  
Potocki, Grozev, Ranzoni, Mits)

**Passief kiesrecht. Invulling nieuwe zetels  
Europees Parlement.**

[EVRM Eerste Protocol art. 3]

*Door de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon werden 18 nieuwe zetels toegevoegd aan het Europees Parlement, maar vanwege de timing werd een bijzondere overgangsregeling vastgesteld voor de invulling daarvan. Staten konden kiezen uit verschillende opties, waarbij Frankrijk voor de twee voor Frankrijk bestemde nieuwe zetels koos voor de optie van een ad hoc procedure waarbij het Franse parlement vanuit eigen gelederen twee nieuwe MEPs aanwees. Dupré, die al kandidaat was bij de drie eerdere verkiezingsronden voor het EP, kwam in die procedure niet in aanmerking voor een van de twee nieuwe plaatsen in het EP. Hij klaagt voor het EHRM dat daarbij zijn kiesrecht is aangetast. Het EHRM overweegt dat het op zichzelf bevoegd is om deze klacht te beoordelen onder art. 3 EP, nu het gaat om een nationaal gemaakte keuze. Het doel dat de Franse keuze nastreefde was legitiem, namelijk te voorkomen dat de opkomst bij gewone verkiezingen erg laag zou zijn, terwijl dat wel gepaard zou gaan met hoge organisatiekosten. Daarnaast ging het om een tijdelijke overgangsmaatregel voor een zeer beperkt aantal zetels, die bovendien maar voor de helft van een zittingstermijn van het EP gold. Gelet daarop was de beperking van het passief kiesrecht niet kennelijk disproportioneel. Daarmee is de klacht kennelijk ongegrond en niet in strijd met art. 3 EP.*

Dupré  
tegen  
Frankrijk

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## «EHRC»

---



## «EHRC»

---

## «EHRC»

---

#### **Abonnementen en -administratie**

«EHRC» verschijnt 12 maal per jaar op papier. Voor actuele prijzen en abonnementsvormen verwijzen wij u naar [www.sdu.nl](http://www.sdu.nl) of neem contact op met onze klantenservice (070 378 98 80).

Met een abonnement op «EHRC» krijgt u ook toegang tot het digitale archief van «EHRC» op [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl) en toegang tot «EHRC» via de Sdu Tijdschriften App (Stapp, te downloaden in de App Store en via Google Play). Stapp is geschikt voor zowel iOS (Apple) als Android (Google).

Abonnementen kunnen worden opgegeven bij: Sdu Klantenservice o.v.v. «EHRC» Postbus 20014 2500 EA Den Haag; tel: 070 378 98 80 fax: (070) 378 97 83; e-mail: [sdu@sdu.nl](mailto:sdu@sdu.nl) of via [www.sdu.nl](http://www.sdu.nl). Vanwege de aard van de uitgave, gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u, ook per e-mail, op uw vakgebied van informatie te voorzien over uitgaven en diensten van Sdu Uitgevers bv. In iedere e-mail is een afmeldmogelijkheid opgenomen. Als u in het geheel geen prijs stelt op deze informatie, ook niet over producten en diensten van zorgvuldig door Sdu geselecteerde derden, dan kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op [www.sdu.nl](http://www.sdu.nl).

© Sdu Uitgevers 2016.

Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veeleenvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16B en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht, Postbus 882, 1180AW te Amstelveen. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. De uitspraken zoals die worden opgenomen in «EHRC» zijn nog niet altijd definitief en kunnen onderhevig zijn aan redactionele wijzigingen door het EHRM zelf. Alleen de tekst zoals die op de website van het EHRM wordt gepubliceerd is authentiek en definitief.

Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan «EHRC» impliceert toestemming voor openbaarmaking en veeleenvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) «EHRC» in enige vorm.

#### **Citeertitel:**

«EHRC» jaartal/volnummer (bijv. «EHRC» 2016/01) ISSN 1389-6652

## **«EHRC»**

## **European Human Right Cases**

#### **Redactie**

prof. mr. J.H. Gerards (hoofredacteur)  
mr. dr. M. den Heijer  
mr. dr. J. Krommendijk  
mr. dr. C. Mak  
mr. F.P. Ölçer  
mr. dr. J. van der Velde

#### **Annotatoren**

mr. B. Barentsen  
prof. E. Brems  
mr. J.L.W. Broeksteeg  
mr. J.H. Crijns  
mr. F. Dorssemont  
mr. F. Fernhout  
prof. mr. A.C. Hendriks  
mr. A.M.L. Jansen  
mr. H.L. Janssen  
prof. mr. R. de Lange  
mr. A.E.M. Leijten LL.M.  
mr. J.P. Loof  
prof. mr. G.P.M.F. Mols  
mr. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt  
prof. mr. T. Spronken  
mr. M.K.G. Tjepkema  
mr. A.J.T.H. Woltjer

#### **Redactiesecretariaat**

Hilde Morre  
[ehrc@sdu.nl](mailto:ehrc@sdu.nl)

Met «EHRC» wordt beoogd zo veel mogelijk interessante uitspraken op het gebied van mensenrechten te publiceren. Indien u beschikt over uitspraken die naar uw oordeel (mogelijk) geschikt zijn voor publicatie in «EHRC», verzoekt de redactie u deze te sturen naar het redactiesecretariaat.

#### **Uitgever**

Sdu Uitgevers bv  
Annemarie Arts  
Postbus 20025  
2500 EA Den Haag

#### **Advertentieacquisitie**

Sdu Uitgevers  
Business Line Legal, Tax & Regulatory  
Postbus 20025  
2500 EA Den Haag  
Tel. 070-37 80 350  
Fax 070-79 99 817  
E-mail: [sdu.adverteren@sdu.nl](mailto:sdu.adverteren@sdu.nl)  
[www.sduadverteren.nl](http://www.sduadverteren.nl)

ISSN: 1389-6652  
[www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl)